

# Revue Lamy de la concurrence

## Le secret professionnel de l'avocat et l'intimité de la vie privée des salariés à l'épreuve des visites et saisies en droit de la concurrence

*Laurent SAENKO*

– Réparation des préjudices concurrentiels : qui paie en cas de restructuration ?

*Linda ARCELIN*

– Développement durable : comment obtenir des orientations informelles de l'Autorité de la concurrence sur la conformité d'un projet aux règles de concurrence ?

*Anthony GIOE DE STEFANO*

– La dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations : entre limpidité et ambiguïté

*Cheik GALOKHO*

– **Avantages négociés, « triple net » et « habillage »**

*Jean-Michel VERTUT*

**141** | MENSUEL  
SEPTEMBRE 2024

# Jurisprudence commentée

RLC 4744

## Avantages négociés, « triple net » et « habillage »

Le contentieux des restitutions pour abus dans la négociation à raison de l'obtention d'avantages injustifiés est le lieu de déploiement d'une panoplie de solutions générales bien répandues quant au domaine de la prohibition, de la preuve de l'abus ou de l'appréciation du caractère indu de l'avantage. S'insinuant entre ces deux dernières préoccupations, le vocabulaire employé par les acteurs de la négociation, dans les circonstances de cette dernière, peut-il lui-même insinuer que la désignation des contreparties aux avantages consentis résulte plus d'une représentation – d'un artifice – que d'une réelle négociation de véritables contreparties pour parvenir au fameux « triple net ». L'arrêt commenté, dont les enseignements pourraient se voir relayés auprès des « opérationnels » dans la perspective des prochaines négociations commerciales pour 2025, se penche notamment sur cette question.

CA Paris, 24 avr. 2024, n° 22/11109



Par Jean-Michel  
VERTUT

Avocat au Barreau  
de Montpellier

Chargé  
d'enseignement à  
l'Université

**1. Une relation se finit mal. La réalité des contreparties est douteuse. Les comptes se règlent.** Ainsi vont parfois les relations commerciales. Dans l'affaire commentée, un fournisseur de savons, détergents et de produits d'entretien, notamment à destination des professionnels, sous marques propres et marques de distributeurs (société Laboratoires Prodene Klint ci-après « LPK ») a noué des relations commerciales avec un client (la société Orapi ci-après « Orapi »), lui-même par ailleurs fournisseur de produits d'hygiène et d'entretien à usage professionnel, sous marques propres et marques distributeurs. Cette relation s'est déployée durant de nombreuses années. En un premier temps, elle a été formalisée en février 2010 par un contrat de référencement, aux termes duquel le deuxième référençait le premier « pour la fourniture des produits et/ou matériels » contractuellement désignés. Ce contrat fut résilié le 13 décembre 2012 à l'initiative de LPK mais la relation s'est néanmoins poursuivie sous la forme de commandes successives.

De 2015 à 2017 (période couverte par les demandes de LPK de restitution d'un certain nombre d'avantages perçus par Orapi et que LPK estimait plus tard sans contrepartie), les parties ont conclu annuellement un certain nombre de conditions commerciales spécifiques formalisées par des « *fiches d'accord fournisseur* », prévoyant des remises sur factures intitulées, selon les années, « *RFA* », « *prestations services* » ou « *accords* ». Des remises inconditionnelles étaient calculées et facturées trimestriellement par Orapi sur la base du volume d'achat réalisé sur une période de référence. En décembre 2019, Orapi assigne LPK devant le Tribunal de commerce de Paris pour obtenir le paiement de plusieurs factures. LPK sollicite alors à titre reconventionnel le remboursement de remises indûment perçues par Orapi au titre des années 2015 à 2018, outre la condamnation de cette dernière au titre de la rupture brutale partielle des relations commerciales établies, laquelle ne sera pas commentée ici. À l'issue de cette procédure, Orapi va obte-

nir des restitutions. Sur cette question, l'arrêt contribue à la prévisibilité de certaines solutions dans les contentieux de ce type et c'est à ce titre qu'il n'est pas inutile de les rappeler. Mais son apport se veut plus remarquable sur un comportement si vieux – l'habillage des conditions commerciales négociées – qu'il pourrait presque sembler nouveau ou à tout le moins inédit à raison de ce que la Cour s'y penche spécialement.

## I. – La récurrence de certaines problématiques dans le contexte du contentieux des restitutions lié au caractère artificiel des contreparties négociées<sup>(1)</sup>

**2. Le domaine matériel de la prohibition de l'avantage sans contrepartie et les relations de référencement.** Faire admettre qu'une situation ne relève pas du champ d'application de la prohibition posée à l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien du Code de commerce<sup>(2)</sup> a pour conséquence de ne pas rendre envisageable son contrôle sur ce fondement. Le texte de la prohibition vise un avantage quel qu'il soit<sup>(3)</sup>. Pour autant que l'on soit en situation de constater, dans la version du texte alors applicable, la situation de « *partenaire commercial* » de la partie victime, le texte devait s'appliquer. À ce jour, le domaine du texte s'est d'ailleurs vu élargi puisqu'il vise « *l'autre partie* »<sup>(4)</sup>. La partie bénéficiaire des avantages soutenait pourtant, ce qui ne manque pas de surprendre, que les dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> n'étaient pas applicables aux relations de « *référencement* ». Nous remarquons que le contrat liant les parties à ce titre avait été résilié en 2012 et que les demandes de restitution formulées se rapportaient à des contreparties négociées ultérieurement, à compter de 2015, dont les intitulés étaient mentionnés aux « *fiches d'accord fournisseur* » tels que « *RFA inconditionnelles* », « *Prestations de services* » de présentation ou de diffusion, etc. Le moyen de l'inapplicabilité de la prohibition à ce contrat de référencement, qui n'avait plus cours trois ans avant l'octroi des avantages critiqués, pouvait donc questionner. Car il était, nous semble-t-il,

plutôt ici question d'application éventuelle du texte à une contrepartie qui n'était pas le référencement, quand bien même la contrepartie discutée n'aurait pas, de fait, été envisageable sans un référencement préalable. Qui plus est, le texte alors applicable visait entre autres, dans le cadre des exemples donnés de pratiques illicites, certains avantages sans contrepartie proportionnée, en particulier dans le cadre du rapprochement de centrales de référencement, ce dont il peut encore s'inférer que le contrôle des avantages s'étendait aux relations nouées dans le cadre de relations de référencement. Au visa de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien du Code de commerce qu'elle cite *in extenso*, la cour juge qu'« *aucune exclusion des relations de référencement n'est prévue, contrairement à ce qu'allègue la société (...)* ». Une solution différente eut étonné. Elle n'aurait pas été conforme aux solutions dégagées par la jurisprudence lorsqu'il est question d'apprécier le caractère licite ou non des avantages négociés à l'occasion de relations commerciales basées sur un référencement<sup>(5)</sup>.

**3. L'administration de la preuve du caractère illicite des avantages.** La cour d'appel rappelle la mécanique probatoire applicable selon laquelle, en réponse aux demandes de la partie qui s'estime victime pour s'être acquittée d'un avantage sans contrepartie, la partie bénéficiaire de l'avantage se doit de « *justifier la spécificité des services qu'elle a rendus au titre de ces remises ou ristournes (...)* », de la qualification des avantages licites « *en ce qu'ils donnent droit à un avantage particulier au fournisseur en stimulant la revente de ses produits, ces services devant par conséquent aller au-delà des simples obligations résultant des opérations d'achat-vente* »<sup>(6)</sup> et « *de démontrer la réalité de ces services, cette dernière ne pouvant résulter du seul fait que les factures aient été payées sans réserve* ». C'est utile mais en rien nouveau<sup>(7)</sup>. La balle est dans le camp de l'avantageé puisqu'il suffit à l'avantageant de justifier s'être acquitté

(1) Nous attirons l'attention du lecteur sur d'autres problématiques plus générales abordées dans ce litige, à savoir celle du point de départ du délai de cinq ans pour la prescription de l'action en restitution des avantages indus engagée par la victime, ou de la nécessité pour la partie qui s'estime créancière de l'autre au titre d'une ristourne de fin d'année de prouver l'existence de sa créance pour l'année considérée et non de se fonder sur des accords au titre de l'année précédente.

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

(3) Cass. com., 11 janv. 2023, n° 21-11.163, Lettre distrib. févr. 2023, RLC 2023/125, n° 4399, nos obs. *Contra*, CA Paris, 11 mai 2023, n° 20/04679, Lettre distrib. oct. 2023 ; CA Paris, 19 juin 2024, n° 21/19201.

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

(5) À rappr. : CA Paris, 27 févr. 2020, n° 17/14071, RLC 2020/97, n° 3881, nos obs. ; CA Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, Lettre distrib. nov. 2023 ; CA Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, RLC 2024/134, n° 4575, nos obs. ; CA Paris, 29 nov. 2023, n° 22/03166, Lettre distrib. janv. 2024, RLC 2024/135, n° 4600, obs. C. Mouly Guillemaud et J.-M. Vertut. Dans le même sens et postérieurement à l'arrêt commenté, à propos de ristournes de fin d'année acquittées en application d'un contrat cadre de référencement, CA Paris, 29 mai 2024, n° 21/18048, Lettre distrib. juill.-août. 2024.

(6) À rappr. : CA Paris, 29 nov. 2023, n° 22/03166, préc. ; CA Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, préc., Lettre distrib. nov. 2023.

(7) À rappr. : CA Paris, 27 févr. 2020, n° 17/14071, préc. ; CA Paris, 19 avr. 2017, n° 15/24221 (à propos d'autres pratiques relevant de l'article L. 442-6, I du Code de commerce) ; CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786, et Cass. com., 26 sept. 2018, n° 17-10.173 ; CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/02306 ; CA Paris, 15 janv. 2015, n° 13/03832, et Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18.381 ; CA Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616, et Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-17.458 ; CA Paris, 18 nov. 2009, n° 09/00341. Dans le même sens et postérieurement à l'arrêt commenté, à propos d'un avoir émis par un fournisseur à raison d'une défectuosité non établie, CA Paris, 19 juin 2024, n° 21/19201, préc.

d'un avantage qu'il estime illicite, pour que l'avantage soit tenu de justifier de son bien-fondé, dans son principe eu égard à la nature et la densité de la contrepartie apportée, puis dans la rationalité de son montant. S'il n'y parvient pas, il s'expose à devoir rembourser. L'arrêt illustre en quoi le vocabulaire employé dans les échanges peut être un facteur d'appréciation pris en compte dans le cadre de la démarche probatoire.

**4. L'exigence générale de précisions dans la définition de la contrepartie.** Une telle exigence de précision n'a en l'espèce pas été satisfaite en l'absence de production par l'avantage, d'éléments matériels tels que des annexes ou des échanges entre les parties, sur le contenu des contreparties au titre des avantages perçus au-delà des termes génériques les désignant<sup>(8)</sup>. Le flou, la généralité de la description des contreparties ne jouera pas en faveur de l'avantage qui pourtant, en contrepoint, perçoit des avantages financiers dont les montants n'ont rien d'imprécis<sup>(9)</sup>. L'arrêt rend compte d'une combinaison de mauvais effet entre un vocabulaire douteux et une désignation assez superficielle de contreparties, conduisant le juge, aux termes de son appréciation, à les considérer illicites.

## II. – L'artificialité des contreparties négociées au regard des circonstances de leurs prévisions

**5. Abus de langage et/ou abus d'avantages ?** Les mots peuvent parfois dépasser la pensée mais était-ce le cas ici ? En l'espèce, le contexte était celui d'une négociation ordinaire. En pareil contexte, le terme « *habillage* » (ou ses dérivés tels qu'*habiller*, *rhabiller*, *déshabiller*)<sup>(10)</sup> utilisé dans des messages échangés entre un fournisseur et un acheteur à l'occasion des négociations commerciales, signifie-t-il en lui-même que les avantages tarifaires en découlant, sont illicites et constitutifs d'un avantage sans contrepartie au sens des dispositions de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien du Code de commerce<sup>(11)</sup> ? À cette question, la Cour d'appel de Paris retient que « *si le fait d'utiliser le terme "habillage" ne signifie pas, en lui-même, qu'il s'agissait de remises illicites constituant un avantage sans contrepartie au sens des dispositions de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce, il ne peut se déduire*

*des échanges produits que les remises litigieuses, qui abou-tissaient invariablement, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2015, à 13 % du tarif, étaient négociées en référence à des prestations spécifiques identifiées distinctes de l'opération de vente* ».

**6. Mauvais jargon et représentation suspecte.** Disons-le tout de suite : évoquer un « *habillage* » n'est généralement pas des plus heureux en droit<sup>(12)</sup> et du meilleur effet aux yeux du Juge. Il l'est encore moins dans le domaine du droit des pratiques restrictives qui approche ce comportement en tant que fléau, notamment lorsqu'il est question de contrôler la réalité et la proportionnalité des avantages consentis à l'occasion de la négociation commerciale pour parvenir au « *triple net* » ou « *3 x net* ». La pratique de l'*habillage* de conditions commerciales se retrouve de façon sous-jacente dans bien des contentieux en restitution d'avantages indus, lorsqu'elle n'est pas expressément reconnue comme rapporté dans l'arrêt commenté. Elle pourrait aussi se rencontrer en matière de déséqui-

(12) À rappr. bien qu'en sens de prime abord opposé, de la simulation vis-à-vis de tiers auxquels les parties entendent cacher la vérité et des règles du droit obligations concernant les contre-lettres (C. civ., art. 1201 et 1202) mais où le contrat occulte produit effet entre les parties, sauf dans les cas visés par l'article 1202 du Code civil, par des textes spéciaux ou en cas de fraude. Toutefois, l'opposition pourrait ne pas être si tranchée car, comme précisé par certains auteurs « *encore faut-il, pour que la contre-lettre soit valable, qu'elle respecte les conditions de fond énoncées par l'article 1128 du Code civil. Le consentement des parties ne doit donc pas avoir été vicié ; il faut que les parties aient eu la capacité de conclure le contrat occulte ; ce dernier doit avoir un contenu licite et certain. On rajoutera que les parties doivent également avoir poursuivi un but licite au sens de l'article 1162 du Code civil* » (Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 555 et s., G. Chantepie et M. Latina). Même en matière de contre-lettre et si « *le contrat occulte, ou contre-lettre, renferme l'intention réelle de contractants. Il est donc logique que le droit français qui s'intéresse plus à la volonté réelle des parties qu'à leur volonté déclarée, donne effet à la contre-lettre dans le rapport entre les parties* » (Le nouveau droit des obligations, préc, n<sup>o</sup> 556), la convention occulte ne doit pas être contrevenir à l'ordre public. D'autres auteurs, à propos de l'acte ostensible, qualifient ce dernier de « *poudre aux yeux pour le tiers* », dans la mesure où cet acte « *ne correspond aucunement à leur volonté réelle* » (Droit des obligations, 17<sup>e</sup> éd., LexisNexis, n<sup>os</sup> 311 et s. P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube) et, évoquant les formes de la simulation, emploient le terme de « *déguisement* » pour désigner la situation dans laquelle « *à la différence de l'acte fictif [l'une des formes de la simulation], il y a bien ici un contrat qui figure dans l'acte apparent, mais il va être modifié dans l'un des éléments par l'acte secret* » (Droit des obligations, préc, n<sup>o</sup> 313). Selon ces mêmes auteurs, entre les parties, la partie qui voudra demander la nullité d'un acte secret nul ou frauduleux est en droit de le faire et devra alors démontrer que l'acte ostensible n'est qu'une apparence est qu'il est démenti, en tout ou partie, par un acte secret. C'est l'action en déclaration de simulation. Il en ira ainsi lorsque la simulation a eu pour but d'éluder une règle impérative ou de réaliser une fraude (Cass. com., 19 nov. 2002, n<sup>o</sup> 00-21.620, publié au Bulletin) (Droit des obligations, préc, n<sup>o</sup> 318). Voir enfin : Les obligations, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, n<sup>os</sup> 724 et s., F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chédéné.

(8) À rappr. sur l'exigence de précision en matière de transparence tarifaire : RLC 2017/63, n<sup>o</sup> 3226, nos obs.

(9) À rappr. sur le grief d'imprécision en matière de déséquilibre significatif, Cass. com., 28 févr. 2024, n<sup>o</sup> 22-10.314, L'actu-concurrence Hebdo n<sup>o</sup> 14/2024, Concurrences n<sup>o</sup> 2-2024, art. n<sup>o</sup> 118431, obs. M. Chagny.

(10) Un auteur, dans un titre évocateur d'un commentaire de cet arrêt, vise ce dernier comme « *L'arrêt *streak tease* ou comment le déshabillage du prix dévoile une remise illicite* », Dalloz actualité, 9 sept. 2024, L.-M. Augagneur.

(11) À ce jour C. com., art. L. 442-1, I, 1<sup>o</sup>.

libre significatif<sup>(13)</sup> ou lors de litiges en matière de discrimination abusive, un temps tombé dans l'oubli depuis sa suppression en tant que pratique prohibée *per se* à l'occasion de la LME<sup>(14)</sup>, mais récemment réintroduite dans la liste des pratiques prohibées et ciblées sur certains produits à l'occasion des lois EGalim 2<sup>(15)</sup> et 3<sup>(16)</sup> (point 4° de l'article L. 442-1, I du Code de commerce)<sup>(17)</sup>. Observons incidemment que le litige ici rapporté s'est noué dans un univers autre que celui des relations entre fournisseurs et grands distributeurs, ce qui témoigne, si besoin était, de la mise en œuvre de la réglementation du contrôle des avantages abusifs bien au-delà de cet univers. Le spectacle de « l'habillage » de la négociation commerciale met en scène un comportement de contournement de la règle en cause, dont on rappelle le caractère d'ordre public. La pratique n'a rien de nouveau. Pour mémoire de la stigmatisation de pareille cosmétique, la Cour d'appel de Paris avait jugé dans le cadre d'un litige dans l'univers de la grande distribution, que « *les premiers juges ont justement retenu que l'ensemble des services analysés ci-dessus ne constituent qu'un habillage ne recouvrant aucune réalité économique, sinon la volonté de fausser les prix de transaction et le seuil de revente à perte* »<sup>(18)</sup>.

**7. Un indice sérieux de fictivité.** La solution donnée dans l'arrêt apportée se déploie en deux branches.

Une première, d'ordre général : l'emploi du terme « *habillage* » ne signifie pas que l'on est *ipso facto* en présence de remises illicites au sens de l'article L. 442-6, I, 1° ancien du Code de commerce. Signalons qu'il est fait état dans l'arrêt, tantôt de remises « *sur facture* », tantôt de remises inconditionnelles calculées et « *facturées* » trimestriellement par la société Orapi sur la base du volume d'achat réalisé sur une période de référence. Si selon nous, ces indications sont de nature à provoquer un inconfort pour la bonne compréhension des faits quant à la modalité du traitement de l'avantage, soit par le fournisseur, soit par l'acheteur, elles ne semblent pas bloquantes outre mesure

lorsqu'il est question d'analyser la pratique sur le fondement de l'article précité.

La deuxième branche donne la solution apportée au cas particulier et dont il ressort *in concreto* que « l'habillage » n'est en l'espèce pas licite.

Entre ces deux branches, la liaison pourrait apparaître comme acrobatique. S'il est question pour la cour d'appel de dénier le sens d'une terminologie pourtant bien évocatrice dans la continuité d'une négociation déjà menée qu'il ne reste plus qu'à « ficeler », l'antinomie guette. À quoi bon en effet évoquer un tel « *habillage* » (ou rhabillage) si la situation à habiller n'a pas à l'être ? La représentation prend alors l'ascendant sur la réalité. Mais s'il s'agit plutôt, sans faire preuve de dogmatisme et relativisant la portée des mots, de motiver la solution à intervenir à l'issue d'un examen en fait et en droit de l'affaire, tout en donnant à comprendre que le juge n'est pas contraint par le jargon employé, même fut-il compromettant, la solution est mieux comprise. La réalité constatée contredit alors ici la représentation qu'ont souhaitée en faire les parties. C'est cette deuxième vision qui a primé.

En l'espèce, les échanges reproduits dans l'arrêt, en ce qu'ils se rapportaient à l'année 2015 (bien que couverte par la prescription), 2017 et 2018, apparaissent assez explicites pour considérer qu'il ne s'agissait pas juste de formaliser les conditions de la négociation commerciale dans les règles de l'art, mais plutôt de leur concevoir une forme. De les scénariser en quelque sorte. À titre d'exemple, retenons un message de février 2015 et dont l'objet était « *Tarif Orapi Hygiène* » adressé par le fournisseur à son client « (...) *Il est aisé de constater qu'Argos [Orapi] bénéficie de conditions très compétitives. Je te remercie de me confirmer l'habillage souhaité pour ces tarifs ainsi que leur date de mise en application. Pour ma part, une validité à partir de mai serait idéale (...)* ». Relevons en outre un message, quelques mois plus tard « *Re : Tarif Orapi Hygiène* », « (...) *j'ai besoin de valider nos accords Orapi Hygiène au plus vite qui annuleront et remplaceront nos accords PHS et Argos en vigueur : Du tarif joint je retiens la colonne F comme étant notre 3 x net. Il faut rhabiller de 13 %, ce qui correspondra à notre tarif applicable à compter du 1<sup>er</sup> juillet. 3 % restent à la centrale et 10 % sont reversés aux affiliés. Ci-joint l'accord 2015 OH 07 à 12 correspondant à ce tarif à rhabiller qui démarre au 2<sup>er</sup> juillet, merci de me le retourner signé (...)* ». De même, un message d'Orapi du mois de juin 2018 à une entreprise tierce, indiquait « *Bonjour, le prix que vous nous confirmez est-il habillé de 13 %. Cordialement* » et se voit accompagné du commentaire suivant « *Comment veux-tu que je réponde sachant que nous n'avons pas d'accord 2018 pour le moment avec les 13 % de remise* ».

Autant d'illustrations pouvant laisser entendre qu'il avait été un peu perdu de vue la *ratio legis* du cadre légal de la négociation commerciale. Le prix « *triple net* », « *3xnet* » ou « *net3* » – en droit en tout cas – est le point d'aboutissement de la négociation commerciale d'obligations réci-

(13) CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13227 et n° 21/13481, Lettre distrib. avr. 2023 ; Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, Lettre distrib. févr. 2017, obs. N. Eréséo.

(14) L. n° 2008-776, 4 août 2008.

(15) L. n° 2021-1357, 18 oct. 2021.

(16) L. n° 2023-221, 30 mars 2023.

(17) Nous n'avons pas connaissance au jour de la rédaction du présent commentaire, de décisions de justice rendues sur ce nouveau fondement. À rapp., pour des décisions de justice au titre de la période antérieure à l'abrogation de la pratique par la LME, Trente ans de Droit de la distribution (à travers la Lettre de la Distribution), 2007, LexisNexis, Collection Actualités de droit de l'entreprise, nos 1810 et s., M.-E. André, S. Destours, J. Raynard, J.-M. Vertut.

(18) CA Paris, 2 févr. 2012, n° 09/22350, et Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-21.804 ; à rapp., au plan correctionnel, Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261, à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 21 décembre 2006.

proques et non un prix de référence convenu de gré à gré, sur lequel sont ensuite projetées voire expédiées à rebours, de manière artificielle et contraire au cadre réglementaire de la négociation, autant de contreparties et d'avantages correspondant pour expliquer ledit prix. Nous nous garderons de tirer de plus amples conclusions à propos des négociations rapportées dans l'espèce, dont seuls certains échanges sont relatés, bien qu'une proposition formulée en décembre 2017, par l'une des parties à l'attention de l'autre, à l'occasion des négociations pour 2018, semble à tout le moins souligner une certaine agilité pour certains « raccourcis » en matière de dégradation tarifaire voire de quelques libertés au plan de la formalisation (« (...) Pour 2018, je vous propose que nous déshabillons notre tarif des accords afin que nous retrouvions un 3 x net et éviter le flux administratif de facture »). Le fait, comme cela ressort en d'autres points de l'arrêt, que la plupart des produits concernés soient des produits de marques de distributeurs n'y est peut-être pas étranger, compte tenu de la singularité de la négociation de ce type de biens.

Toujours est-il que la cour d'appel, bien que non liée par la terminologie « vestimentaire » employée, estime qu'il ne peut se déduire des échanges produits que les remises litigieuses, qui aboutissaient invariablement, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2015, à 13 % du tarif <sup>(19)</sup>, étaient négociées « en référence » à des prestations spécifiques identifiées distinctes de l'opération de vente. Son analyse s'appuie

en outre sur le constat de l'imprécision des contreparties énoncées, sans démonstration de leur consistance<sup>(20)</sup>. La cour d'appel approuve alors les premiers juges d'avoir « de façon pertinente, constaté qu'aucune annexe, aucun échange entre les parties versé aux débats, ne vient préciser ce que les partenaires entendaient viser par les termes "information", "formation", "stratégie", "MEA", "trade", "animation" et qu'en particulier aucun élément ne permet de laisser penser qu'il y aurait eu une gamme de prestations offertes par Orapi parmi lesquelles LPK aurait été conduite à choisir ou négocier ». Ainsi, malgré l'indulgence apparente de la solution de principe selon laquelle le terme « habillage » ne signifie pas, en lui-même, que l'on est en présence d'une remise illicite, cette pratique n'en reste pas moins un indice des plus sérieux.

**8. Remarques conclusives et conseil pratique à l'attention des négociateurs.** Sur la forme, attention aux abus de langage et faire sienne la formule particulièrement adaptée à la circonstance selon laquelle, l'on gagne toujours à taire ce que l'on n'est pas obligé de dire. Mais surtout et sans hésitation, préférer devoir « formaliser » une négociation menée de manière régulière, qu'« habiller » après coup une négociation menée de manière irrégulière. Car sur le fond, gare aux « habillages » interdits, tant il est à craindre que forme et fond se rejoignent au carrefour de l'illicite. Alors, privilégier le fond mais sans négliger la forme. ■

(19) À rapp. Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-14.620.

(20) À rapp. CEPC, avis n° 04-04, 7 juill. 2004 ; TGI Evry, 26 juin 2007, n° 0626550025, confirmé par CA Paris, 28 janv. 2009, n° 07/11329 : solution rendue sur le fondement de l'article L. 441-7 ancien du Code de commerce mais transposable ; CA Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616 ; Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-14.620, préc. ; Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.353.