

N° 3-2024

Négociation commerciale : La Cour d'appel de Paris écarte l'application d'une clause abrégant la prescription pour des actions en paiement de facture de prestations, de dommages et intérêts pour rupture brutale de relation commerciale établie et de remboursement de ristournes de fin d'années estimées indues, tout en se prononçant sur la justification de ces ristournes (*NPS / Achats Marchandises Casino ; Distribution Casino France*)

DISTRIBUTION, FRANCE, DISTRIBUTION/VENTE, DOMMAGES ET INTÉRÊTS, PRIX, RÉDUCTIONS, TOUS SECTEURS D'ACTIVITÉ, JUSTIFICATION OBJECTIVE, RECEVABILITÉ (PLAINTÉ), ORDRE PUBLIC, NULLITÉ / CADUCITÉ, PUISSANCE D'ACHAT, PRESCRIPTION, RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES, FORMALISATION DE LA RELATION COMMERCIALE

CA Paris, 29 mai 2024, RG n° 21/18408, NPS / Achats Marchandises Casino ; Distribution Casino France

Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la *Lettre de la distribution* n° publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

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

Concurrences N° 3-2024 | Alertes | Distribution

Faits. Au cours de l'année 2015, la société NPS (« NPS ») ayant pour activité la fourniture d'installations de système de sécurité, s'est rapprochée de la centrale d'achat du groupe Casino, la société AMC (« AMC ») qui négociait pour le compte des filiales du groupe Casino, dont la société Distribution Casino France (« DCF »), les conditions tarifaires d'achat de produits ou de services auprès de fournisseurs, afin de fournir au groupe Casino des installations de systèmes de vidéosurveillance de ses magasins (ensemble dénommés « Casino »). Un contrat cadre de référencement a été conclu le 1er juin 2015 avec NPS pour une période initiale d'un an. Des commandes ont été passées par DCF auprès de NPS pour les systèmes précités et produits annexes que NPS a installé dans près de 200 magasins. Les commandes ont cessé en septembre 2016. En application du contrat cadre de référencement, des ristournes de fin d'année (RFA) ont été versées à DCF à hauteur de 199.148,75 euros TTC au titre de l'année 2015 et de 108.505,84 euros au titre de l'année 2016. Suite à l'arrêt de la relation commerciale entre Casino et NPS, cette dernière a assigné en février 2020 AMC et DCF aux fins de condamnation à lui régler des factures demeurées impayées suite à l'accomplissement de prestations techniques, de dommages et intérêts pour rupture brutale de la relation commerciale et à restituer des sommes payées au titre de RFA que NPS considérait en comme des avantages sans contrepartie. Débouté pour l'essentiel (dont de sa demande au titre de la rupture brutale à raison du caractère non établi de cette dernière du fait de son caractère ponctuel, malgré l'important investissement de Casino pour équiper ses magasins), NPS a interjeté appel devant la Cour d'appel de Paris, qui rend un arrêt en grande partie confirmatif.

Problèmes et solutions. A nos yeux, le sujet premier de cet arrêt est celui de la fin de non-recevoir à maintes reprises soulevée par Casino, à raison d'une clause du contrat de référencement prévoyant une prescription abrégée par rapport au délai de 5 ans en matière commerciale. Quelques remarques seront néanmoins formulées sur le caractère justifié ou non des RFA sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° et 3° dans sa version alors applicable.

Problème 1 : la prescription des actions en justice à raison d'une clause d'aménagement conventionnel du délai de prescription.

– **Sur l'action en paiement des factures du fournisseur**, celle-ci se heurtait, selon Casino, à une clause du contrat cadre de référencement stipulant que « *Les parties conviennent que, par dérogation aux dispositions de l'Article L.110-4 du Code de Commerce, toute créance non revendiquée dans un délai de deux ans à compter de son exigibilité sera prescrite* » (article 4.4 du contrat de référencement intitulé 'Paiement' sous le Titre 'Article 4 Conditions tarifaires-facturation-paiement'). Casino soutenait que la demande en paiement était prescrite, faute pour NPS d'avoir interrompu le cours de la prescription par la délivrance d'une assignation. NPS lui opposait que cette clause n'exigeait pas la délivrance d'une assignation pour interrompre le cours de la prescription, mais seulement que la créance soit « *revendiquée* », ce qui avait été entrepris dans le délai de deux années de l'exigibilité de la créance au moyen de courriels et courrier recommandé.

Solution. La Cour approuve NPS en ces termes : « *Cette clause, comme le soutient la société NPS en application de l'article 2254 alinéa 2 [disposant que « les parties peuvent (...) d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi »], ajoute également à la cause d'interruption de la prescription prévue à l'article 2241 du code civil, en employant les termes d'exigibilité de 'toute créance non revendiquée' pour déterminer le point de départ du délai de prescription réduit à 2 ans. En effet, cette clause en faisant référence à la revendication de la créance, vise une notion plus large que l'acte introductif d'instance, et peut dès lors recouvrir une demande formelle telle que celle formulée par le conseil de la société NPS par lettre recommandée du 22 octobre 2018 avec accusé de réception de Casino Service du 25 octobre 2018 (pièces NPS n° 7 et 12) en ces termes : (...). Aussi, cette lettre reçue le 25 octobre 2018 par la société Distribution Casino France doit être analysée comme une 'revendication de créance' de la société NPS au sens de la clause litigieuse et constitue dès lors une cause interruptive de la prescription pour être intervenue dans le délai de deux ans de la date d'exigibilité (45 jours, fin de mois, date facture) des factures émises entre le 22 novembre 2017 et le 21 mars 2018. Il s'en suit que l'action en paiement de ces factures (...) introduite devant le tribunal de commerce par acte d'huissier délivré les 17 et 20 février 2020, n'est pas prescrite en application de l'article 4.4 du contrat de référencement ».*

– **Sur l'action en responsabilité pour rupture d'une relation commerciale établie**, celle-ci se heurtait à nouveau, selon Casino, au contenu de la clause précitée. NPS lui opposait, entre autres que le fondement de son action n'était pas le contrat mais la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle prévue à l'article L. 442-6, I, 5°, en sorte que la clause contractuelle de prescription était inapplicable.

Solution. La Cour juge l'action non prescrite. Dans la première branche de sa solution, elle estime que : « *L'article 4.4 reproduit ci-dessus a pour objet d'organiser les modalités et délais de règlement des prestations du fournisseur et de régler toute difficulté liée au retard de paiement ou de paiement en cas de mauvaise exécution de la prestation fournie par NPS. Aussi 'toute créance' visée au dernier alinéa de cet article recouvre uniquement les créances relatives au paiement des prestations exécutées, en sorte que l'action en paiement d'une indemnité pour rupture brutale de la relation commerciale établie n'est pas visée par cet article. En toute hypothèse, le point de départ du délai de prescription visé à l'article 4.4 est l'exigibilité de la créance, or la créance indemnitaire 'revendiquée' par la société NPS n'est en l'état ni certaine ni liquidée* ». Puis, dans une deuxième branche et après avoir écarté l'application de la clause, elle rappelle la règle concernant le cours de la prescription et notamment son point de départ en matière d'action à raison de la rupture d'une relation commerciale établie : « *Selon l'article 2224 du code civil, la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance. Le point de départ de la prescription d'une action fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie est constitué par la notification de la rupture à celui qui s'en prétend victime, dès lors que celui-ci a connaissance, à cette date, de l'absence de préavis et du préjudice en découlant, et sans*

qu'il y ait lieu de tenir compte de l'éventualité d'une faute de sa part ayant pu justifier que l'auteur de la rupture ait mis un terme à la relation sans préavis (en ce sens Com., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-24.441 publié). La rupture de la relation commerciale étant intervenue selon la société NPS lors de la cessation des commandes en septembre 2016, l'action indemnitaire introduite par actes d'huissier délivrés les 17 et 20 février 2020 moins de cinq années à compter de cette rupture, n'est pas prescrite ».

- **Sur la demande en restitution des RFA** perçues par Casino à raison de leur caractère injustifié, cette dernière invoquait à nouveau la fin de non-recevoir, toujours à raison de la prescription au regard de la clause précitée et, une fois encore, NPS faisait notamment valoir que sa demande en restitution des RFA n'était pas fondée sur le contrat, mais sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° ancien prévoyant un régime de responsabilité délictuelle, en sorte que la clause conventionnelle de prescription n'était pas applicable à sa demande.

Solution. Reprenant la première branche de la solution précédente, la Cour relève que NPS fondait sa « *demande de remboursement* » tant sur l'article L. 442-6 du code de commerce que sur les articles 1169 et 1302-1 du code civil ». Elle considère donc que l'action de NPS, qu'elle soit indemnitaire ou fondée sur la répétition de l'indu, n'était pas visée par l'article 4.4 précité et qu'en toute hypothèse, le point de départ du délai de prescription visé à l'article 4.4 était l'exigibilité de la créance, qui faisait défaut en l'espèce puisque la créance indemnitaire 'revendiquée' par NPS n'était en l'état ni certaine ni liquidée.

Analyse. Les clauses aménageant la durée de la prescription se rencontrent fréquemment en pratique, le plus souvent pour l'abrèger. Un raccourcissement de cette durée, qui ne peut toutefois être ramené à moins d'un an et sous réserve qu'il ait été consenti sans avoir été imposé (voir à ce sujet le moyen du déséquilibre significatif soutenu par le demandeur à raison de la réduction à deux années du délai de prescription), a l'avantage de permettre aux parties d'être exposées moins longtemps à des actions en justice à raison de leur commerce passé, que ne le prévoit l'article L. 110-4 du Code de commerce disposant d'un délai quinquennal. Toutefois, pareil aménagement peut provoquer des effets délétères pour celui qui, bien qu'en situation d'engager une action en justice aux fins d'être rétablie dans ses droits, ne prendra souvent pas l'initiative d'interrompre le cours de la prescription abrégée tant qu'il demeure en relation commerciale avec l'auteur de son dommage. Malheureusement, une fois l'initiative prise, après l'arrêt de la relation commerciale - donc hors de portée de toute mesure de rétorsion et bien que dans le délai de droit commun de cinq ans - il est parfois trop tard pour faire valoir tout ou partie de ses droits à raison du délai abrégé convenu. Car, tel un purgatoire, la prescription abrégée œuvre, le temps s'écoulant, à la manière d'un « *reset* » des droits en cause, en sorte que le risque financier pour l'auteur de la pratique abusive se voit bien plus contenu que ce que ne le permettrait, selon la même mécanique, la prescription de droit commun. Lors de la signature des accords contenant un aménagement conventionnel de prescription abrégée, la partie non coutumière des contentieux de pratiques abusives, aurait plutôt tendance à ne pas préoccuper de la subtilité, à la différence de celle qui y est davantage confrontée et pour laquelle la fin de non-recevoir tirée de la prescription, constitue un bouclier efficace face à des demandes sur le fond justifiées, mais présentées hors délai. La question de l'aménagement contractuel de la prescription lorsqu'il est question d'actions fondées sur des règles tirées du droit des pratiques restrictives, d'ordre public, peut donner lieu à débat, avec à la clé la force obligatoire ou non de l'aménagement contractuel et donc une prescription courte ou plus longue. Un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris a traité de cette question de l'efficacité des clauses régissant la prescription y compris au titre d'action en responsabilité délictuelle, bien que les débats n'y apparaissent pas totalement clos et qu'il semblait nécessaire « *d'attendre le rebond* », dans le cadre d'un effet « *trampoline* » (Paris, 3 avr. 2024, n° 21/14643, Lettre distrib. 05/2024, *obs.* A. Louvet ; *rappr.* sur la nature délictuelle de l'indemnité pour rupture brutale, Paris, 12 juin 2024, n° 21/18306). Ce rebond a bien eu lieu ici, mais ce n'est pas le bon. Dans l'arrêt commenté, les discussions sur la fin de non-recevoir pour prescription n'ont pas porté sur le caractère licite ou non de l'aménagement contractuel eu égard à la matière en cause. Dès lors, la Cour, non directement saisie de la question, ne s'est pas ouvertement penchée sur le sujet, ne s'intéressant qu'au domaine matériel de la clause emportant un tel aménagement, pour dire non prescrites les actions engagées faute de relever du délai de prescription abrégé. L'effet « *trampoline* » se poursuit donc. Il est complété pour ce qui est du paiement des factures du fournisseur d'un effet « *boomerang* » pour le débiteur, à raison de la reconnaissance par le juge de la revendication comme cause supplémentaire d'interruption de la prescription, outre la demande en justice. Car c'est à tort que l'auteur de la clause a pu estimer que celle-ci, qui ne qualifiait pas expressément la revendication de

la créance comme cause d'interruption de la prescription, ne visait qu'à déroger à l'article L. 110-4 du code de commerce au plan de la durée de prescription et non des causes d'interruption telles que prévues par la loi et notamment l'article 2241 du code civil. Une rédaction différente eut peut-être été de nature à éviter cette issue.

Problème 2 : le caractère justifié ou non des RFA en fonction des volumes et non d'un chiffre d'affaires.

NPS soutenait que la RFA prévue au contrat de référencement dont le taux était calculé en fonction du nombre de sites sur lesquels avaient installés ses systèmes et non du chiffre d'affaires réalisé, n'était pas une remise quantitative car aucun seuil de chiffre d'affaires n'était mentionné pour son attribution et qu'il s'agissait donc d'une simple prime de référencement prohibée par les articles L. 442-6, I 3° et L. 442-6 II b dans leur version applicable au litige. C'était peut-être trop vite oublier que, par équivalence, le chiffre d'affaires se déduisait des volumes, eux-mêmes dépendant du nombre de sites installés, et qu'au bout du compte l'arrêt observe notamment que le chiffre d'affaires s'est élevé à 2,59 M € H.T. entre juin 2015 et août 2016. NPS ajoutait que cette RFA était sans contrepartie, aucun service spécifique légitime n'ayant été rendu à NPS pour justifier du paiement d'une remise de 10% du chiffre d'affaires annuel et qui de surcroît était disproportionnée.

Solutions. Sur le premier sujet, la Cour juge que « *les ristournes de fin d'année telles que définies dans le contrat de référencement n'étaient pas exigées préalablement à la passation de toute commande, mais conditionnées à des volumes d'installation de système de vidéosurveillance et assises sur le chiffre d'affaires généré par ces installations. Il s'en déduit que les primes litigieuses ne sont pas des avantages avant toute commande ou une prime de référencement prohibés par l'article L.442-6 I, 3° et II b)* ». Sur celui de la licéité des RFA au regard de l'ancien article L. 442-6 I 1°, la Cour juge que « *Les ristournes convenues entre les parties sont des réductions de prix conditionnées à des paliers de volume d'affaires, à savoir un certain nombre d'installations de système de surveillance sur les sites Casino et assises sur le chiffre d'affaires réel réalisé en fin d'année. Ces ristournes ne sont donc pas dépourvues de contrepartie et constituent une incitation pour les sites Casino à s'équiper auprès de la société NPS, étant observé que cette dernière a réalisé avec le groupe Casino un chiffre d'affaires de 2,59 M€ HT entre juin 2015 et août 2016. La société NPS ne démontre pas en quoi les différents paliers de ristournes et le montant effectivement versé à ce titre pour un montant total de 256 379 euros HT constituent un avantage manifestement disproportionné au bénéfice des sociétés du groupe Casino* ».

Analyse. Ces solutions n'appellent que peu d'observations. D'une part, l'ancienne pratique sanctionnée *per se* sur le fondement du 3° de l'ex article L. 442-6 I qui, jusqu'à son abrogation à l'occasion de l'ordonnance du 24 avril 2019, était désignée par le terme de « *prime au référencement* » (*rappr.* Versailles, 18 mai 2006, n° 04-8829, Lettre distrib. 10/2006 ; Paris, 6 juillet 2011, n° 10/08832 ; CEPC, Avis n° 16-8, Lettre distrib. 03/2016, *obs.* S. Chaudouet ; Paris, 19 avr. 2017, n° 15/24221, *obs.* N. Eréséo, Lettre distrib. 05/2017 ; Trib. com. Paris, 10 oct. 2022, n° 2021000304, Lettre distrib. 12/2022, *nos obs.*), aurait supposé l'acquiescement d'un avantage avant toute commande. Ce n'était pas le cas ici.

D'autre part, en ce qui concerne l'examen de la pratique de la RFA sur le fondement du 1° de l'ex article L. 442-6 I°, la Cour confirme une nouvelle fois l'application large de ce dispositif, dans la continuité de la solution donnée par la Cour de cassation (Com, 11 janv. 2023, n° 21-11.163, Lettre distrib. 02/2023 et RLC 4399, n° 125, 2023, p. 31 et s., *nos obs.*) et, en l'espèce, son application aux ristournes objet du litige. La pratique relevant ainsi pleinement du domaine de l'article L. 442-6 I 1°, il restait à l'examiner sous l'angle de ce dispositif, dont on rappelle qu'il se loge actuellement dans l'article L. 442-1 I 1°, moyennant une formulation plus ouverte. La Cour juge que ces ristournes sont conditionnées à (l'atteinte) des paliers de volume d'affaires, à savoir un certain nombre d'installations de systèmes de surveillance sur les sites Casino et qu'elles étaient calculées sur la base du chiffre d'affaires réel réalisé en fin d'année du fait des volumes en question. La prévision de ces ristournes, pour autant que les conditions posées pour leur octroi soient vérifiées, constituait une « *incitation* » pour les sites Casino à s'équiper auprès de la société NPS et à permettre à cette dernière de développer son chiffre d'affaires à cette occasion. C'est l'essence même d'une RFA conditionnelle. La solution, en ce qu'elle vise les volumes de vente, rappelle celle de la même Cour à la faveur d'un certain arrêt « *Gelco* » (Paris, 13 sept. 2017, n° 15/24117, Lettre distrib. 11/2017, *obs.* N. Eréséo ; *rappr.* Paris, 22 mars 2017, n° 14/26103, *nos obs.*, Lettre distrib. 05/2017 ; Avis CEPC n° 18-2 ou CEPC Avis n° 16-8, *préc.*), pourtant un temps malmenée

par la même Cour, jusqu'à la correction bienvenue opérée par les sages du Quai de l'horloge en janvier 2023 (Com., 11 janv. 2023, *préc.*). En l'espèce justifiée, attention néanmoins à ce qu'en soi, l'identification d'une « *incitation* », ne soit pas de nature à ouvrir la boîte de Pandore pour certains autres avantages, si l'on considère qu'en règle générale, des concessions tarifaires ont pour finalité d'inciter diversement l'avantagé (*rappr.* Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, Lettre distrib. 12/2023 et RLC 4575, n° 134, 2024, p. 18 et s., *nos obs.*).

Au bout du compte et si ces dernières solutions de fond sont toujours intéressantes à garder en mémoire, alors que les prochaines négociations commerciales pour 2025 vont bientôt s'engager, l'apport essentiel de cet arrêt réside selon nous davantage dans les enseignements retirés sur la question de l'aménagement conventionnel du droit d'agir et qui doivent amener les parties à bien mesurer les incidences futures de tels aménagements.