

FÉVRIER 2017

FLASH CONCURRENCE N° 2

Affaire « Galec » : La Cour de cassation confirme que le déséquilibre significatif peut justifier la modification par le juge du prix convenu entre les parties

Com. 25 janvier 2017, n°135 FS+P+B

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Guillaume Mallen

A un mois de la fin des négociations commerciales, l'arrêt du 25 janvier 2017 rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation retentit comme un coup de tonnerre dans les relations fournisseurs/distributeurs. On se souvient que le 1er juillet 2015, la Cour d'appel de Paris avait fermement condamné le Galec sur le fondement du déséquilibre significatif de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce en raison d'une ristourne de fin d'année dépourvue de toute contrepartie réelle et proportionnée et dont le mécanisme avait été jugé comme constitutif d'un déséquilibre significatif. A l'appui de son pourvoi, le Galec estimait qu'une telle analyse était source d'insécurité juridique en ce qu'elle donnait à l'Administration (DGCCRF) et au juge la capacité de contrôler et de remettre en cause le prix convenu par les parties dans le cadre de la négociation commerciale.

La Cour de cassation se montre insensible à l'argumentation du distributeur et réfute méthodiquement tous les griefs formulés. La décision est riche d'enseignements. Outre le fait qu'elle rappelle que la convention écrite de l'article L.441-7 du Code de commerce constitue un outil de contrôle pour l'Administration et que le contrôle exercé par celle-ci s'opère par comparaison entre les CGV du fournisseur et la convention écrite, la Cour de cassation confirme surtout que le déséquilibre significatif peut résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu, permettant ainsi au juge, sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, de procéder à un contrôle économique de la construction du prix. Enfin, elle confirme que le principe de libre négociabilité n'est pas absolu et que les obligations prises par les parties doivent avoir une contrepartie ou une justification car, à défaut, un déséquilibre significatif ne peut être exclu !

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence :

Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse.

63, avenue de Villiers — 75017 Paris — Tél +33(0)1.53.57.31.70 — Fax +33(0)1.47.20.90.40 — Palais P40
contact@grall-legal.fr — www.grall-legal.fr

LES POINTS-CLES A RETENIR

- Dans les relations fournisseurs/distributeurs, le déséquilibre significatif s'apprécie au regard de la convention écrite de l'article L.441-7 du Code de commerce précisant les obligations auxquelles se sont engagées les parties et, notamment les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale.
- Le déséquilibre significatif de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce peut résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu. D'ailleurs, en exigeant une convention écrite indiquant le barème de prix du fournisseur avec ses CGV, la LME a entendu permettre une comparaison entre le prix convenu par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur. Il en résulte que l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif.
- La convention écrite de l'article L.441-7 du Code de commerce revêt une importance essentielle car elle constitue pour la DGCCRF un outil lui permettant de contrôler *a posteriori* le résultat de la négociation commerciale et les engagements pris par les cocontractants. Une rédaction soignée et attentive de ce document est une nécessité !
- Le principe de libre négociabilité des tarifs n'est pas absolu et l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations souscrites par les parties (en ce compris les réductions de prix et donc les CPV !), même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie de la coopération commerciale, peut être sanctionnée sur le fondement du déséquilibre significatif dès lors que les conditions d'application du texte sont remplies.

Au terme d'un contrôle mené en 2010 par la DGCCRF portant sur 300 contrats signés entre le Galec (société coopérative Groupements d'Achats des Centres E. Leclerc) et 96 de ses fournisseurs, le Ministre de l'économie avait estimé qu'une obligation mise à la charge des fournisseurs entraînait un déséquilibre significatif au profit du distributeur et ce, dans 118 contrats-cadre. En l'espèce, cette obligation prenait la forme d'une ristourne de fin d'année sur le chiffre d'affaires de l'année en cours **[ci-après : « RFA Galec »]** dont les conditions variables pour en obtenir le paiement étaient les suivantes :

- 9 contrats-cadres ne subordonnaient le versement de la ristourne à **aucune obligation à la charge du distributeur** (ristourne inconditionnelle) ;
- 23 contrats ne précisait pas l'obligation mise à la charge du Galec (ristourne conditionnelle sans fixation de la moindre condition) ;
- 29 contrats ne précisait pas le montant du chiffre d'affaires annuel minimum justifiant le versement de la RFA ;
- 57 contrats fixaient le montant du chiffre d'affaires minimum annuel à un montant inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due.

Les services d'enquête du Ministre avaient par ailleurs observé que les modalités de calcul et de paiement de cette ristourne aggravaient le caractère déséquilibré de cette obligation, notamment les modalités de paiement de cette RFA par acompte, avant le paiement des marchandises voire avant même leur livraison. 46 fournisseurs étaient concernés.

Par assignation du 16 août 2011, le Ministre de l'Economie avait alors assigné le Galec devant le Tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce qui dispose : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties¹ ».

Par un jugement du 24 septembre 2013, le Tribunal de commerce de Paris avait débouté le Ministre de l'Economie de l'ensemble de ses demandes et refusé d'admettre le déséquilibre significatif. Les juges consulaires avaient alors considéré que le Ministre de l'Economie ne rapportait pas la preuve de la soumission des fournisseurs au Galec mais surtout que la notion de déséquilibre significatif ne pouvait pas porter sur l'adéquation du prix au bien vendu, en se référant à la décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011 rendue par le Conseil constitutionnel qui avait eu à se prononcer sur la conformité de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce à la Constitution, notamment, au principe de légalité des délits et des peines : *« la notion de déséquilibre significatif visée par le Conseil constitutionnel ne saurait être entendue **comme pouvant porter sur l'adéquation du prix au bien**, dès lors que l'article L.132-1 du code de la consommation [aujourd'hui l'article L.212-1 du code de la consommation] exclut expressément celui-ci de son domaine ».*

Le Tribunal de commerce de Paris reprenait alors à son compte l'analogie opérée par le Conseil constitutionnel entre droit de la consommation et droit des pratiques restrictives de concurrence.

Volte-face devant la Cour d'appel de Paris qui, contrairement aux juges consulaires, avait dans son arrêt du 1er juillet 2015, sanctionné le Galec sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce **[CA Paris, 1er juillet 2015, n°13/19251]** s'agissant de deux clauses prévues dans les contrats conclus entre le Galec et ses fournisseurs :

- (i) la clause prévoyant le versement de RFA soit en contrepartie de la constatation d'un courant d'affaire non chiffré, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires limité par rapport au chiffre d'affaires de l'année précédente et sans commune mesure avec le chiffre d'affaires prévisionnel, ou soit sans aucune contrepartie ;
- (ii) la clause prévoyant le versement d'acompte mensuel prévisionnel de ristourne avant le paiement de marchandises et alors même que l'engagement du distributeur ne serait effectif qu'à la fin de l'année.

Aux termes d'un arrêt très argumenté, le Galec avait alors été condamné à de lourdes sanctions, notamment la restitution aux fournisseurs, par l'intermédiaire du Trésor Public, d'une somme de plus de 61 millions d'euros versée par les fournisseurs mais aussi à s'acquitter d'une amende civile de 2 millions d'euros **[rappelons que le montant de l'amende civile a été portée à 5 millions d'euros avec la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016]**.

Cet arrêt a suscité de vives critiques. Certains commentateurs y ont alors vu une interprétation très poussée de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, permettant ainsi au juge de procéder à un véritable contrôle de la négociation et, partant, du prix. Les critiques portaient, notamment, sur le fait que la Cour d'appel de Paris posait comme principe que toute réduction de prix devait avoir une nécessaire contrepartie et ce, au mépris du principe de libre négociabilité des conditions de vente mais également en ce qu'elle considérait que le législateur de 2008 **[loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ci-après : « LME »]** avait entendu permettre un contrôle par l'Administration du prix négocié par rapport au tarif du fournisseur. Michel-Edouard Leclerc avait alors estimé qu'une telle solution faisait porter *« une grande insécurité sur la négociation commerciale en donnant à l'Administration et au juge la capacité de contrôle et de remettre en cause le prix négocié par les parties au contrat ».*

Il n'était alors pas étonnant que le Galec s'empresse de se pourvoir en cassation. L'arrêt de la Cour de cassation était alors très attendu, afin de savoir notamment si les juges du quai de l'Horloge allaient confirmer la position de la Cour d'appel de Paris quant à la possibilité de contrôle de l'équilibre financier du contrat sur le fondement des dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

Dans son arrêt du 25 janvier 2017, la Cour de cassation confirme l'ensemble de la solution retenue par la Cour d'appel et rejette dans son intégralité les griefs formulés par le Galec. Les développements qui suivent mettront en lumière les points forts de cet arrêt.

I. LA CONVENTION ECRITE DE L'ARTICLE L.441-7 DU CODE DE COMMERCE CONSTITUE LE CADRE FORMEL D'APPRECIATION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

A l'appui de son pourvoi, le Galec considérait que les dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ne sanctionnent que le fait de soumettre un partenaire commercial à une « **obligation** » créant un déséquilibre significatif. Or, selon le distributeur, le « *simple fait d'obtenir une réduction de prix de la part de son cocontractant ne soumet ce dernier à aucune « obligation » au sens de ces dispositions* ». Dès lors, selon le Galec, la RFA litigieuse, ne pouvait donc, en l'espèce, s'analyser comme une « obligation » au sens de la disposition précitée.

La Cour de cassation ne fait pas droit à cette argumentation et confirme bien que les clauses de réduction de prix litigieuses relèvent de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. A cette fin, elle rappelle l'importance de la convention écrite de l'article L.441-7 du Code de commerce dans l'appréciation du déséquilibre significatif :

*« dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, **le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue à l'article L.441-7 du Code de commerce**, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties **et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale** qui s'opère dans le respect de l'article L.441-6 du Code de commerce ».*

La Cour de cassation précise ainsi que la Cour d'appel de Paris a exactement relevé que les contrats-cadre prévoyaient expressément que la RFA était prévue au titre des « conditions de l'opération de vente », ce qui lui permettait, à bon droit, de juger que les clauses prévoyant cette RFA relevaient de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

II. LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DE L'ARTICLE L.442-6, I, 2° DU CODE DE COMMERCE PEUT RESULTER D'UNE INADEQUATION DU PRIX AU BIEN VENDU

A l'appui de son pourvoi, le Galec soutenait, notamment, que la Cour d'appel de Paris avait violé l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce en jugeant qu'il résulte que la loi « *a entendu permettre un contrôle par l'Administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur et du respect de l'équilibre contractuel* » alors même que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011 avait indiqué que :

« pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation [aujourd'hui L.212-1 du Code de la consommation] reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 (...) ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

De ce considérant, le Galec soutenait que le Conseil constitutionnel avait prononcé la conformité des dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce au regard du principe de légalité des délits et des peines **que dans la mesure où la notion de déséquilibre significatif renvoie à la notion, suffisamment définie par la jurisprudence, qui figure en droit de la consommation à l'article L.212-1 du Code de la consommation (anciennement L.132-1 du code de la consommation) et qui prévoit expressément que l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter sur l'adéquation du prix au bien vendu.**

Aussi, selon le Galec, dès lors que le Conseil constitutionnel conditionnait la conformité de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce à la Constitution **à sa similitude** avec la notion prévue à l'article L.212-1 du Code de la consommation, le fait que ce dernier texte exclut expressément tout contrôle du juge sur le prix devait, par ricochet, amener la Cour de cassation à censurer la Cour d'appel de Paris qui avait autorisé l'appréciation du déséquilibre financier sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

Dans un attendu de principe (dont le style ressemble à s'y méprendre à un Considérant d'une décision du Conseil constitutionnel²), la Cour de cassation ne fait pas droit à cette argumentation et apporte des éclaircissements importants sur le champ d'application *ratione materiae* de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. Ainsi, elle juge que :

*« la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L.132-1, devenu L.212-1 du code de la consommation et L.442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011, **n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun des domaines quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés** ».*

La Cour de cassation affirme donc que la similitude des notions de « déséquilibre significatif » prévues en droit français dans le Code de la consommation, d'une part, et dans le Code de commerce, d'autre part, n'aboutit pas, *ipso facto*, à une appréciation juridique uniforme qui contraindrait un juge à apprécier de la même manière les deux dispositions. Il s'agit d'un rappel de bon sens portant sur l'intention et les ambitions du législateur.

La Cour de cassation note également que L.442-6, I, 2° du Code de commerce « *qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, **n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu** ».*

Là encore, on ne peut qu'avaliser la position de la Cour de cassation qui procède à une comparaison objective de la lettre des deux textes. Alors que l'article L.212-1 du code de la consommation prévoit expressément que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses (...) ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat **ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert** »*, la formulation de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ne contient pas une telle exclusion. A cet égard, il est piquant de constater que le nouvel article 1171 du code civil – en vigueur depuis le 1er octobre 2016 et qui introduit en droit commun des obligations la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion – prévoit, comme l'article L.212-1 du code de la consommation, une exclusion quant au prix, l'alinéa 2 prévoyant que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat **ni sur l'adéquation du prix à la prestation** ».*

La Haute juridiction fait implicitement application de l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », c'est-à-dire « *Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* ». Dès lors que l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce pose un principe général d'interdiction du déséquilibre significatif, rien n'interdit, au sens de la lettre du texte, que ce principe soit appliqué à des clauses relatives à la détermination du prix.

La Cour de cassation conforte sa position en considérant que c'est à bon droit que « *la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a **entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur*** ».

En conséquence, il s'ensuit que « ***l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*** ».

L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce n'exclut donc pas que le déséquilibre significatif qu'il sanctionne puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu contrairement aux articles L.212-1 du code de la consommation et 1171 du Code civil. Un contrôle judiciaire du prix, sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, est donc possible, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif. A contrario, en présence d'une négociation réelle sur le prix, les dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ne devraient pas trouver à s'appliquer, en l'absence d'un comportement tendant à la soumission ou à la tentative de soumission du partenaire réputé faible.

III. L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE OU D'UNE JUSTIFICATION AUX OBLIGATIONS PRISES PAR LES PARTIES, Y COMPRIS AUX RÉDUCTIONS DE PRIX : LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF CONSTITUE UNE LIMITE AU PRINCIPE DE LIBRE NEGOCIABILITE TARIFAIRE

Pour juger que la ristourne litigieuse était constitutive d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, la Cour de Paris avait considéré que si la LME avait instauré le principe de libre négociabilité des conditions de vente et fait des CPV le siège de la négociation commerciale, cette loi n'avait en aucun cas supprimé « *la nécessité de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants* », même lorsque ces obligations ne rentrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale. Elle avait également considéré que la réduction de prix accordée par le fournisseur doit avoir pour cause « *l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur* » !

Or, en l'espèce, la Cour d'appel avait constaté que la RFA Galec était dépourvue de toute contrepartie réelle.

Cette analyse était fermement combattue par le Galec qui estimait que la LME avait précisément instauré le principe de libre négociabilité des tarifs et supprimé l'obligation de justifier toute réduction du prix par une contrepartie. Il soutenait que si l'article L.441-7 du Code de commerce dispose que la convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et qu'elle fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente, y compris les réductions de prix, il n'en résulte pas pour autant que toute réduction de prix ne puisse intervenir qu'en contrepartie d'une obligation consentie par l'acheteur. A titre subsidiaire, le Galec prétendait que même dans l'hypothèse où l'article L.441-7 du code de commerce impliquerait l'exigence d'une contrepartie à toute réduction du prix accordée par le fournisseur, la méconnaissance de cette exigence ne pourrait pas conduire nécessairement à la caractérisation d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

La Cour de cassation n'est guère sensible à l'argumentation du Galec et confirme l'analyse des juges du fond, lesquels ont procédé à une exacte appréciation du processus de la négociation commerciale :

« l'arrêt rappelle que la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, **a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale** ; qu'il relève que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, **de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite** ; qu'il en déduit que la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; que de ces énonciations et appréciations, **la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif** ».

La Cour de cassation confirme que le principe de libre négociabilité n'est pas absolu et que l'existence d'une contrepartie ou d'une justification aux conditions particulières de vente résultant de la négociation commerciale, et donc aux réductions de prix, est une nécessité. A défaut, un tel comportement peut s'analyser en un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce dès lors, bien évidemment, que l'absence de contrepartie ou une contrepartie insignifiante a été imposée au fournisseur, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'une soumission ou d'une tentative de soumission.

IV. LA CONFIRMATION DE LA METHODE D'ANALYSE DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF RETENUE PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS : LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF RESULTE DU MECANISME DE MISE EN ŒUVRE DE LA RFA ET NON DU NIVEAU DES PRIX CONSENTIS

Grief relativement classique dans le cadre du contentieux du déséquilibre significatif, le Galec remettait en cause la méthode d'analyse du déséquilibre significatif retenue par la Cour d'appel de Paris, considérant que la caractérisation d'une telle infraction suppose la mise en balance par le juge des droits et obligations des parties au contrat, leur appréciation concrète et la démonstration d'un déséquilibre dont le caractère est significatif, ce qui, selon le Galec, faisait défaut.

En outre, à supposer que le juge puisse, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, contrôler l'adéquation du prix au produit vendu, le Galec estimait qu'il aurait alors appartenu au juge d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écarterait significativement de ce juste prix. Or, la Cour d'appel de Paris n'avait, selon le Galec, procédé à aucun examen, même sommaire, des différents taux de ristournes consentis. En se bornant à relever que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sans rechercher si les tarifs obtenus à la suite des réductions du prix s'écarteraient significativement du juste prix des produits, le Galec estimait que la Cour d'appel avait privé sa décision de base légale.

Bien que l'argumentation du Galec soit pertinente, elle n'a pas convaincu la Cour de cassation estimant que la Cour d'appel de Paris **a valablement pu retenir que les clauses litigieuses créaient bien un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** :

- Tout d'abord, parce que la Cour d'appel a exactement retenu que les fournisseurs avaient versé une RFA au distributeur sans que ce dernier ne prenne aucune obligation ou aucune obligation sérieuse à leur égard.

- Ensuite, parce que les acomptes dus au titre des RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires annuel sur lequel le Galec s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir les réductions de prix incriminées et que le distributeur pouvait obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur.
- Enfin, parce que le Galec **n'a pas démontré que d'autres stipulations contractuelles auraient permis de procéder à un rééquilibrage du contrat.**

La Cour de cassation confirme la suffisance de ces éléments pour caractériser le déséquilibre significatif résultant des clauses litigieuses. Elle précise même que ces éléments démontrent que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résulte pas **du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en œuvre de la ristourne de fin d'année**, de sorte que la méthode d'appréciation du déséquilibre significatif proposée par le Galec ne s'avère en aucun cas pertinente.

V – LA CONFIRMATION DU STANDARD DE PREUVE DE L'EXIGENCE TEXTUELLE DE LA « SOUMISSION » : L'ADHESION DES FOURNISSEURS A DES CLAUSES PRE-REDIGÉES PAR LE GALEC SANS POSSIBILITE POUR EUX DE LES NEGOCIER SUFFIT

Le Galec contestait l'existence d'une soumission, exigence légale posée par l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. Le déséquilibre significatif ne peut en effet se concevoir que si un rapport de force est rapporté entre les parties : le partenaire doit soumettre ou tenter de soumettre l'autre à des obligations qui sont significativement déséquilibrées dans les droits et obligations des parties.

Sur le terrain de la preuve, le Galec estimait tout d'abord que c'était au Ministre de l'économie de prouver l'existence de la pratique restrictive de concurrence et qu'en l'espèce, la charge de la preuve avait été inversée car, pour établir l'existence d'une soumission, la Cour d'appel de Paris s'était contentée de relever que la différence des taux de ristourne appliqués aux fournisseurs n'était pas la preuve d'une négociation ou encore que le Galec ne parvenait pas à démontrer l'existence de négociations avec ses fournisseurs.

De façon plus générale, le Galec soutenait également que l'exigence textuelle de « soumission » n'était pas remplie, celle-ci ne pouvant résulter que de la démonstration de pressions irrésistibles exercées par le distributeur sur les fournisseurs. Prônant alors une conception très étroite de la soumission (proche de la contrainte/violence économique), le Galec en concluait que les juges du fond ne rapportaient pas une telle exigence dès lors qu'ils se bornaient à relever que l'Annexe 2 des contrats-cadre en cause avait été pré-rédigée par le Galec puis signée par les fournisseurs sans aucune modification ou encore qu'il existait une contradiction entre cette annexe et l'article V des contrats quant au délai de paiement des RFA.

La Cour de cassation ne s'est pas laissée convaincre par l'argument et confirme l'analyse de la Cour de Paris en ce qu'elle a constaté que la ristourne litigieuse avait bel et bien été imposée par le Galec à ses fournisseurs qui avaient dû signer les contrats-cadre sans pouvoir les modifier :

*« qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les **clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective**, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, **a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce** ».*

Sur ce point, notons que la Cour de cassation s'inscrit dans le sillage de sa jurisprudence, rendue notamment, dans une autre affaire « Galec³ » du 27 mai 2015 dans laquelle elle a confirmé l'analyse des juges du fond qui avaient pu légitimement déduire que le fait pour des fournisseurs de conclure des contrats avec le Galec sans disposer du pouvoir réel de négocier les clauses qu'ils contiennent, démontre l'existence d'une soumission au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

L'arrêt de la Cour de cassation confirme la position de la Cour d'appel de Paris et permet ainsi de clarifier le champ d'application de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, lequel est donc pleinement applicable au prix. Les distributeurs devront nécessairement tenir compte de cette jurisprudence dans le cadre de leurs négociations commerciales actuelles et futures avec leurs fournisseurs et prévoir que les avantages tarifaires octroyés au distributeur par le fournisseur reposent sur des contreparties réelles et proportionnées. Le principe de libre négociabilité tarifaire n'est donc pas sans bornes.

A date, nous ne pouvons que réaffirmer l'importance que revêt une rédaction claire et précise de la convention écrite de l'article L.441-7 du Code de commerce. Comme le rappelle à plusieurs reprises la Cour de cassation, c'est bien elle le **cadre d'appréciation du déséquilibre significatif dans les relations fournisseurs/distributeurs**. Les obligations respectives du fournisseur et du distributeur devront donc être soigneusement précisées et les étapes de la négociation commerciale devront clairement apparaître.

Une rigueur toute aussi comparable devra être de mise pour les fournisseurs dans la rédaction de leur CGV et de leur barème tarifaire. En effet, la Cour de cassation rappelle que la LME, en exigeant une convention écrite, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif de base initialement proposé par le fournisseur dans ses CGV.

Dans l'hypothèse d'un contrôle, l'Administration se réfère donc nécessairement aux CGV pour connaître le tarif de base initialement proposé par le fournisseur.

1. Nous rappellerons que pour que le déséquilibre significatif soit caractérisé au sens de cette disposition, il faut démontrer (i) la soumission d'un partenaire à l'autre (ou la simple tentative) à (ii) des obligations significativement déséquilibrées dans les droits et obligations des parties (c'est-à-dire des obligations sans réciprocité ou contrepartie, qui créent une disproportion entre les obligations des parties ou des obligations ou des avantages injustifiés).

2. Nous avons en effet porté plusieurs QPC devant le Conseil constitutionnel.

3. Com., 27 mai 2015, n°14-11.387, Bull. civ. IV, n° 87

Programme des interventions et des formations 2017 :

L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés

- Le 23/02/2017

Pratiques anticoncurrentielles

- Le 02/03/2017

Droit de la consommation, publicité / mailing et opérations promotionnelles

- Le 23/03/2017

Droit de la concurrence : le droit de la concurrence n'est pas étranger aux marchés publics !

- Le 13/06/2017

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site
www.grall-legal.fr**

Les enquêtes de concurrence diligentées par les services de la DGCCRF, de l'autorité de la concurrence, et par la Commission européenne

Date : 21 Février 2017

La formation sera animée par : Jean-Christophe Grall

Formule : 1/2 journée (9h - 13h) – Tarif : 650€ HT

Les principaux objectifs de la formation :

- Acquérir les bons réflexes face à des enquêteurs relevant d'une autorité de concurrence
- Comment se comporter face à des enquêteurs ?
- Appréhender les risques liés à toute enquête de concurrence et ses conséquences potentielles futures

Pour nous contacter :

Adresse : 63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40

T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40

contact@grall-legal.fr

www.Grall-Legal.fr

Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, le Flash Concurrence ne saurait engager la responsabilité de Grall & Associés.