

carence de son partenaire, il n'aurait pas pu espérer la moindre indemnisation de la faute de brutalité pourtant avérée ? C'est possible. C'est aussi la raison probable de la rareté du contentieux de la brutalité lorsque le client est victime de la rupture. Car il ne fait aucun doute que, pour la même relation, si le prestataire avait été non pas l'auteur mais la victime de la rupture, l'indemnisation de son gain manqué, si aisément prouvé par la simple communication du chiffre d'affaires que lui procurait la relation brutalement rompue, aurait occasionné une indemnisation aussi généreuse qu'aisée à établir, et un évident intérêt à porter l'affaire devant les juges.

C. Mouly-Guillemaud

CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n° 19/00595

Agriculture et antitrust : épilogue de l'affaire Endives

Faits. L'arrêt sous commentaire marque l'épilogue d'une affaire à rebondissements qui débuta par la saisine en 2008 du Conseil de la concurrence, devenu depuis l'Autorité de la concurrence, pour des pratiques de plusieurs organisations de producteurs (ci-après « OP ») et associations d'organisations de producteurs (ci-après « AOP ») actives dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives. Par décision du 6 mars 2012 (déc. n° 12-D-08), l'Autorité de la concurrence a constaté et sanctionné d'une amende d'environ 4 millions d'euros une entente complexe et continue, d'une durée de quatorze ans, sur le marché français des endives. Qualifiée de restriction par objet, l'entente avait consisté en une concertation sur les prix et sur les quantités d'endives mises sur le marché ainsi qu'en un système d'échange d'informations stratégiques ayant servi à mettre en place une police des prix. La décision fut entièrement réformée par un arrêt (Paris, 15 mai 2014, n° 2012/06498) donnant lieu à pourvoi du président de l'Autorité de la concurrence. Face à la difficulté d'interprétation de la réglementation européenne agricole en matière de concurrence, la Cour de cassation décida, par arrêt du 8 décembre 2015 (n° 14-19589), de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de deux questions préjudicielles relatives à la possibilité pour les OP et les AOP de déroger aux règles de l'article 101 § 1 TFUE pour l'exercice des missions qui leurs étaient dévolues par le règlement du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles (dit règlement OCM), applicable lors de la commission des pratiques. Le juge européen livra son interprétation du texte à la faveur d'une décision le 14 novembre 2017 (aff. C-671/15). Tirant les conséquences de ces éclairages, l'arrêt du 12 décembre 2018 de la Cour de cassation (n° 14-19589) censura l'arrêt d'appel au motif qu'il n'avait pas vérifié les conditions de soustraction des pratiques mises en cause à l'application de l'article 101 § 1 TFUE, telles que mises en évidence par la Cour de justice.

Problème. Sur renvoi, la Cour d'appel de Paris doit ainsi déterminer si les pratiques commises par les endiviers relèvent ou non des règles de concurrence et, dans l'affirmative, si elles peuvent être qualifiées d'ententes anticoncurrentielles et si *in fine* leurs auteurs doivent être condamnés à des sanctions pécuniaires.

Solution. La Cour d'appel estime que c'est à juste titre que l'Autorité de la concurrence a retenu que les règles de concurrence étaient applicables à l'ensemble des pratiques mises en cause, à l'exception de trois d'entre elles. L'Autorité est également suivie dans son raisonnement lorsque lesdites pratiques sont qualifiées par la juridiction de recours d'entente unique, complexe et continue pendant plus de quatorze ans et que la participation des entités poursuivies à la commission de cette infraction est établie. En revanche, adoptant une approche différente dans l'appréciation de la gravité des pratiques, la Cour réduit significativement le montant des amendes.

Analyse.

S'agissant de l'applicabilité des règles de concurrence aux pratiques en cause, la Cour s'emploie à appliquer strictement la grille d'analyse établie par la Cour de justice qu'il convient ici de rappeler. Dans son arrêt précité, celle-ci a dégagé du règlement OCM une dérogation implicite aux règles de concurrence en jugeant que, sauf à priver les OP et les AOP des moyens leur permettant d'atteindre les objectifs confiés dans le cadre de l'organisation commune des marchés et, partant, à remettre en cause l'effet utile du règlement OCM, les pratiques de ces entités nécessaires pour atteindre un ou plusieurs de ces objectifs doivent échapper à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101 § 1 TFUE. Par cette soustraction au droit des ententes, on comprend qu'il s'agit de favoriser l'organisation collective des agriculteurs pour renforcer leur pouvoir de négociation face à la puissance d'achat des industriels et des distributeurs. Pour autant, la Cour de justice a indiqué que la portée de l'exclusion est d'interprétation stricte et que les pratiques concernées ne doivent pas excéder, conformément au principe général de proportionnalité, ce qui est strictement nécessaire pour atteindre les objectifs confiés par le législateur européen aux OP et AOP.

C'est pourquoi la Cour d'appel prend soin de rappeler les trois conditions cumulatives posées par la Cour de justice pour parvenir à l'exclusion de pratiques du champ d'application des règles de concurrence (§ 90 et s.) : (i) la pratique convenue doit être mise en œuvre par des entités effectivement habilitées pour atteindre les objectifs de l'organisation commune des marchés ; (ii) elle doit revêtir un caractère purement interne à une seule OP ou une seule AOP ; (iii) elle doit s'inscrire effectivement et strictement dans la poursuite du ou des objectifs confiés par la réglementation européenne (c'est ainsi par exemple que la fixation collective de prix *minima*, lorsqu'elle ne permet pas aux producteurs écoulant eux-mêmes leur propre production de pratiquer un prix inférieur à ces prix *minima*, ne peut pas être considérée comme étant proportionnée aux objectifs de régulation des prix et de concentration de l'offre).

Les juges d'appel vont alors s'efforcer d'appliquer ces conditions pour chacune des pratiques mises en œuvre dans cette affaire. Ainsi, concernant l'échange d'informations, la Cour observe qu'elles ne se sont pas limitées à des données entre les producteurs membres des OP mais qu'elles se sont étendues à l'ensemble des producteurs, y compris les indépendants (§ 236). En conséquence, les pratiques d'échange d'informations relèvent du champ d'application des règles de concurrence. Pour les autres pratiques en cause, en l'occurrence des mesures dites de « dénaturation » obligatoire (c'est-à-dire des décisions de retrait de produits du marché), la fixation d'un prix minimum et d'un cours pivot, la mise en place d'une bourse aux échanges et la fixation d'un prix « cliquet », les coordination des offres promotionnelles ainsi que la fixation d'un prix de « retrait », la Cour d'appel constate également que ces agissements n'apparaissent pas comme purement internes aux entités mises en cause, et en tire la même conclusion que pour l'échange d'informations : la soumission de ces pratiques au droit de la concurrence. Au stade de la matérialité, du périmètre et de la portée des pratiques en cause, c'est à juste titre que l'Autorité a retenu que les règles de concurrence étaient applicables aux pratiques susvisées, à l'exception de trois d'entre elles : les pratiques portant sur les dénaturations obligatoires qui sont intervenues entre 1998 et 2000 car, pendant cette période, des arrêtés d'extension des mesures de retrait aux distributeurs indépendants étaient en vigueur (§ 306) ; les pratiques portant sur les offres promotionnelles qui seraient intervenues à compter de décembre 2008 et pour lesquelles l'autorité estime ne pas disposer d'éléments suffisamment précis pour conclure qu'elles relèvent du champ d'application du droit de la concurrence (§ 394) ; les pratiques portant sur le prix dit de « retrait » commises par l'AOP du secteur à compter de sa reconnaissance par les pouvoirs publics, au motif que ces pratiques sont demeurées purement internes à l'entité (§ 397).

Pour ce qui concerne la qualification d'entente unique, complexe et continue et la participation des entités en cause dans la commission de cette infraction, la Cour d'appel confirme la décision de l'Autorité. Elle relève en ce sens que, nonobstant leur diversité ainsi que celle des entités mises en cause, les pratiques reprochées présentaient non seulement de fortes similitudes, mais, bien plus, un lien de complémentarité, en ce que chacune d'elles était destinée à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence, en contribuant par une interaction entre elles, à la fixation et au maintien, d'une manière artificielle, d'un certain niveau du prix de vente à la production des endives (§ 479). Ces similitudes et ce lien de complémentarité entre les pratiques étayaient l'existence d'un « plan d'ensemble » poursuivant un objectif unique, consistant à soustraire la fixation du prix de l'endive au libre jeu du marché, au-delà de l'objectif de régulation des prix (§ 480). Dès lors, c'est à juste titre que l'Autorité a considéré que les pratiques en cause constituaient une entente unique, complexe et continue pendant quatorze ans et un mois (§ 500). La Cour considère que toutes les entités poursuivies ont directement participé, par leurs propres comportements, à certaines des pratiques reprochées, c'est-à-dire à certains éléments constitutifs de l'entente illicite, selon des modalités différentes quant à leur durée et degré de participation (§ 522). Par conséquent, elle approuve l'Autorité pour avoir retenu qu'elles avaient tous pris part à l'entente unique, complexe et continue et fixé la durée de leur participation (§ 630).

Sur la détermination des sanctions pécuniaires pour terminer, la Cour d'appel se distancie de l'Autorité. Si elle estime également que les pratiques reprochées revêtent une indéniable gravité (§ 649) et un certain degré de sophistication (§ 650), elle considère, comme le soutenaient les entités en cause, qu'il faut prendre en compte des éléments supplémentaires, au titre des caractéristiques objectives de l'infraction, afin d'en tempérer la gravité (§ 653). Elle précise en effet que la question de l'articulation entre les règles de la PAC et de la concurrence, dont dépend la caractérisation de l'infraction, revêt une complexité particulière, ce qui a conduit la Cour de cassation à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, laquelle a d'ailleurs examiné en grande chambre les questions qui lui avaient été soumises. La clarification par

la Cour de justice, notamment au regard des exigences découlant du principe de proportionnalité, confirme rétrospectivement que la ligne de partage entre les règles de la PAC et de la concurrence, loin d'être simple à appréhender, en particulier par les entités en cause, laissait place à un doute raisonnable et légitime sur le caractère illicite des pratiques au regard des règles de concurrence. Selon elle, cette circonstance est de nature à atténuer, de manière significative, la gravité des pratiques, nonobstant leur caractère anticoncurrentiel par objet (§ 655). Les incertitudes du cadre normatif applicable au cas présent ainsi que la faible importance du dommage à l'économie et les circonstances propres à chaque entité amènent ainsi la Cour à presque diviser par trois le montant total des amendes infligées par l'autorité, qui passent ainsi de 3 970 590 à 1 459 927 d'euros.

L. Bettoni

Points de vue pratiques

Trib. com. Paris, 6 juillet 2021, n° 2016064825

Contrepartie : de la convergence d'analyse de l'avantage sans contrepartie et du déséquilibre significatif

Faits. Jusqu'en janvier 2012, le secteur du bricolage bénéficiait d'un régime dérogatoire aux dispositions de la loi LME en matière de délai de paiement. L'alignement sur le droit commun s'est traduit par un raccourcissement des délais de paiement des fournisseurs, ce qui a augmenté les besoins en fond de roulement des magasins et généré des problèmes de trésorerie pour ces derniers. Afin de faciliter le règlement des factures dans les délais légaux de droit commun, MR BRICOLAGE a alors mis en place un système d'affacturage inversé avec une banque allemande (DZB Bank). Le dispositif a donné lieu à des conventions entre MR BRICOLAGE, les magasins de l'enseigne, les fournisseurs ayant adhéré au système, et DZB Bank. L'adhésion au dispositif DZB Bank donnait le droit au fournisseur d'être payé dans un délai de 10 à 20 jours date d'émission de sa facture, au lieu du paiement légal à 45 jours fin de mois, soit un raccourcissement des délais de paiement d'au maximum 50 jours (soit 60j moins 10j). Le fournisseur s'obligeait à appliquer un taux d'escompte de 1,4% du montant HT de sa facture ainsi qu'à payer une commission de ducroire et de paiement centralisée de 1,4% du montant TTC de ladite facture. Ces droits et obligations étaient prévus dans le contrat annuel de référencement conclu entre le fournisseur et MR BRICOLAGE, même s'ils n'y étaient pas détaillés du fait d'un renvoi, au détour d'un de ses paragraphes, au contrat conclu avec la banque. A l'issue d'une enquête menée fin 2013 et sur 2014, le Ministre de l'Economie a estimé que MR BRICOLAGE avait soumis ou tenté de soumettre les fournisseurs à adhérer à ce système d'affacturage inversé, adhésion qui, selon le Ministre, créait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au profit de MR BRICOLAGE et de ses adhérents et au détriment des fournisseurs. Le Ministre a saisi le Tribunal de Commerce de Paris., en fondant ses demandes notamment sur les deux dispositifs du Code de commerce essentiels de lutte contre les avantages abusifs soit, en l'espèce, au principal pour l'un (L. 442-6 I 2°) et au subsidiaire pour l'autre (L. 442-6 I 1°).

Problèmes et solutions. Certains problèmes ont spécifiquement trait à l'examen des faits sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° en matière de déséquilibre significatif. Nous retiendrons par exemple celui de l'applicabilité de l'article L. 442-6 I 2° y compris en cas d'intervention d'un établissement financier tiers pour mettre en œuvre la pratique litigieuse, « aucune distinction n'étant faite par le texte du code de commerce », « l'équilibre des droits et obligations des parties pouvant être modifié par des pratiques non prévues dans la convention écrite ». Pointons aussi celui de la caractérisation de la soumission tirée de l'absence de négociation effective, moyennant une analyse par indices : indice structurel d'abord, au regard de la position du distributeur sur son marché (10%) et dont « la force commerciale est de toute évidence supérieure à celle d'un nombre important de fournisseurs » ; indice comportemental ensuite, au vu des circonstances de l'adhésion - bien que non obligatoire en soi - au mécanisme de paiement proposé, « au moment des négociations annuelles de référencement (...) c'est-à-dire à un moment où le fournisseur est vulnérable », sur la base d'auditions menées auprès d'un échantillon de fournisseurs entendus lors de l'enquête. Au plan indiciaire, nous relevons que si le Tribunal ne manque pas de rappeler que les intentions du législateur ont été de sanctionner « non pas tant un résultat, à savoir le déséquilibre en tant que tel, qu'un comportement, c'est-à-dire la soumission ou la tentative de soumission à

ce déséquilibre et qu'il en résulte qu'il ne peut s'inférer du seul contenu de clauses dont l'analyse conduirait à conclure à un déséquilibre, la caractérisation de la soumission », la charge financière constatée pour le fournisseur, facteur d'un déséquilibre supporté par ce dernier du fait des obligations proposées, permet de conclure qu'il ne pouvait y souscrire que s'il y était contraint. La soumission se déduit alors en partie du déséquilibre du montage (« Attendu que la plupart des fournisseurs ont expliqué au cours des entretiens réalisés par le Ministre que le dispositif DZB était inutilement coûteux et donc financièrement pénalisant, le coût du dispositif étant sans commune mesure avec l'avantage procuré par le raccourcissement du délai de paiement de 45 jours fin de mois à 10-20 jours ; qu'il en résulte qu'un fournisseur ne souscrirait à un tel montage s'il ne subissait pas de fortes pressions le conduisant à se sentir obligé d'adhérer »). En pareilles circonstances, le résultat de la soumission a pu alors aussi compter au nombre des éléments de sa caractérisation. Enfin et lorsqu'il est question de s'intéresser à l'éventuel rééquilibrage du déséquilibre une fois ce dernier identifié, l'avantage concurrentiel qui, selon le distributeur, peut permettre au fournisseur qui adhère au dispositif d'augmenter son chiffre d'affaires, ne constitue pas un facteur d'un tel rééquilibrage. D'une part à raison de ce que cet éventuel avantage, qui ne se traduit pas par une obligation contractuelle du distributeur, n'est pas une contrepartie contractuelle. Un avantage de fait et incident, même réel, n'est donc pas un facteur de rééquilibrage. Le Tribunal indique notamment qu'« à s'interroger sur la valeur d'une contrepartie non contractuelle, hypothétique et vraisemblablement non durable, le tribunal ne peut que répondre que cette valeur est indéfinissable et ne peut donc pas être prise en considération pour examiner si le déséquilibre créé par le dispositif DZB est rééquilibré ; », et d'en conclure que « Attendu que MR BRICOLAGE ne fait valoir aucune clause du contrat de référencement qui aurait été négociée avec les fournisseurs en contrepartie du dispositif DZB ».

Mais outre les sujets précités à l'aune de l'article L. 442-6 I 2°, le jugement invite selon nous à y voir une convergence dans l'examen de ces déséquilibres issus de la négociation commerciale, qu'il soit conduit sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2°, à ce jour L. 442-1 2° (déséquilibre significatif) ou L. 442-6 I 1°, à ce jour L. 442-1 1° (avantage sans contrepartie ou disproportionné).

Observations. Une telle convergence n'a de notre point de vue rien de véritablement étonnant lorsqu'il est question de s'intéresser aux contreparties. Si chacune des pratiques précitées répond à une définition qui lui est spécifique – et l'on pense notamment à la soumission ou la tentative de soumission propre au délit civil de déséquilibre significatif – les deux dispositifs ont une communauté d'objectif à savoir lutter contre les avantages abusifs lors des négociations commerciales, soit en tant que tels (art. L. 442-6 I 1°), soit en tant que résultats de droits et obligations soustrait à une réelle négociation du fait de l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission. Les mêmes faits peuvent d'ailleurs être poursuivis, cumulativement, sur divers fondements de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce (Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Lettre distrib. 06/2018 ou RLC n° 74, juillet-août 2018, nos obs). Comme déjà relevé, le Ministre fonde d'ailleurs entre autres ses demandes sur les deux dispositifs, au principal pour l'un et au subsidiaire pour l'autre.

Tout en respectant la lettre de l'article L. 442-6 I 2°, cette convergence s'illustre dans les passages du jugement consacrés à l'analyse du déséquilibre en lui-même et à son éventuel rééquilibrage par des contreparties (« Attendu que le tribunal examinera si les droits et obligations des fournisseurs et de MR BRICOLAGE relatifs au paiement dans le cadre du système centralisé DZB Bank créent un déséquilibre significatif entre les parties, et si le déséquilibre éventuel est rééquilibré par des contreparties ; ». Rapp. Com., 25 janv. 2017, n° 15-23547 : Lettre distrib. 02/2017, N.E ; Paris, 1^{er} juillet 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.C. ; Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, préc.). Pour rappel, le sujet de l'existence de la contrepartie est de longue date au cœur du dispositif de l'article L. 442-6 I 1° et se retrouve de plus fort dans l'article L. 442-1 I 1° issu de l'ordonnance du 24 avril 2019. La convergence se loge aussi dans l'examen de la valeur de la contrepartie et de son coût, tout comme dans celui de l'utilité du service examiné. A titre d'exemple sur la valeur, le Tribunal se livre à une approche comparative de cette valeur à propos du taux d'escompte litigieux (« le taux d'escompte prévu dans les contrats de référencement conclus entre le fournisseur et MR BRICOLAGE est donc beaucoup plus coûteux que le recours à l'escompte bancaire, beaucoup plus coûteux que les découverts bancaires, et souvent plus coûteux que les taux d'escompte proposés par les fournisseurs proposant l'escompte dans leurs propres conditions »). De même et s'agissant du coût de la commission de paiement centralisée, le Tribunal estime que « payer de l'ordre de 0,7% du montant des factures pour avoir un interlocuteur unique pour tout