



LEX CONTRACTUS

contact@lexcontractus.fr - 05 56 44 40 56  
12 avenue de Tivoli - 33110 Le Bouscat

## ACTUALITÉS JANVIER 2020

# DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA DISTRIBUTION



**Rédacteur :**



**Maître Cédric BERNAT**

**Docteur en Droit – Avocat – Médiateur**

**Membre de l'IDABB** (Institut de Droit des Affaires du Barreau de Bordeaux)

**Membre de l'AFDM** (Association Française du Droit Maritime)

## **Première partie.**

### **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE**

#### **1. LA PORTÉE D'UNE CLAUSE DE MÉDIATION PRÉALABLE, DANS LES RELATIONS ENTRE UN HYPERMARCHÉ ET SON FOURNISSEUR**

**Cour d'appel de PARIS, Pôle 5, Chambre 4, 3 avril 2019**  
**RG n° 16/16071**

La société d'Exploitation des Etablissements LOUIS CALLENS, a pour activité le commerce de gros dans le domaine de l'habillement et des chaussures.

La société CARREFOUR HYPERMARCHES exploite sur le territoire français près de 230 hypermarchés à l enseigne Carrefour.

La société LOUIS CALLENS et la société CARREFOUR ont entretenu des relations commerciales pendant plusieurs années dans le cadre desquelles la première fournissait à la seconde, des produits pour sa gamme de vêtements masculins commercialisés sous la marque « Tex ».

En 2010, la société CARREFOUR a déréférencé partiellement la société LOUIS CALLENS.

Le 5 octobre 2010, la société CARREFOUR a fait part à la société LOUIS CALLENS de son intention de mettre fin à leurs relations commerciales, décision confirmée par la société CARREFOUR par courriel du 8 octobre 2010, puis par LRAR du 31 janvier 2011, dans laquelle la société CARREFOUR mettait officiellement fin aux relations commerciales avec la société LOUIS CALLENS au terme d'un préavis d'une durée de 14 mois.

La société LOUIS CALLENS a assigné devant le tribunal de commerce de LILLE, la société CARREFOUR en vue de la voir condamner à réparer le préjudice subi consécutif à des pratiques restrictives de concurrence.

Par **jugement du 24 mai 2016**, le **tribunal de commerce de Lille** a :

- dit irrecevable les demandes de la société Louis Callens,
- débouté les parties de l'ensemble de leurs autres demandes,
- invité les parties à faire usage de l'article 23 du contrat faisant référence à une conciliation préalable avant toute action au fond,
- condamné la société Louis Callens à payer à la société Carrefour Hypermarchés la somme de 3.500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société Louis Callens aux entiers frais et dépens de la présente procédure, taxés et liquidés à la somme de 81,12 euros en ce qui concerne les frais de greffe.

La société LOUIS CALLENS a relevé **appel**.

La Cour d'appel, dans un arrêt du 3 avril 2019, a déclaré l'action prescrite, de sorte qu'elle n'a pas eu à se prononcer au fond, sur la question de la validité de la clause litigieuse.

Cependant, la cour d'appel a rappelé que « **la clause instituant une procédure de médiation préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si une partie l'invoque** ».

Cette solution n'est pas nouvelle : elle s'inscrit dans la continuité d'un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003, pourvois n° 00-19423 et 00-19424.

On préciser qu'aucune régularisation n'est possible en cours d'instance : Ch. mixte, 12 déc. 2014, pourvoi n° 13-19684.

■ En résumé, en cas de présence d'une clause de médiation (ou plus largement, d'une clause de résolution amiable des litiges), cela implique la **mise en œuvre d'une véritable tentative de médiation**, et ce n'est que sur production d'un justificatif de la mise en œuvre effective de ce mode de résolution amiable du litige, qui, en l'occurrence, n'aura pas abouti à la conclusion d'une transaction, que la partie la plus diligente pourra saisir la juridiction judiciaire compétente.

A défaut, en cas de saisine directe du juge, sans passer par la tentative amiable, celui qui subit l'action judiciaire pourra soulever l'irrecevabilité de cette action, au motif qu'elle se heurte à une fin de non-recevoir.

Mots Clé : Clause de médiation – Saisine du tribunal de commerce – Fin de non-recevoir (oui)

## **2. LA COUR D'APPEL DE PARIS RÉFORME UNE DÉCISION DE SANCTION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, QUI AVAIT RETENU, À TORT, UN ABUS D'EXPLOITATION ET UN ABUS D'ÉVICTION À L'ENCONTRE D'UNE SOCIÉTÉ DE TRAITEMENT DES DÉCHETS D'ACTIVITÉS DE SOINS À RISQUE INFECTIEUX (DASRI)**

**Cour d'appel de PARIS, Pôle 5, Chambre 7, 14 novembre 2019  
RG n° 18/23992**

Par décision n° 18-D-17 du 20 septembre 2018, **l'Autorité de la concurrence avait condamné** la société SANICORSE, société de traitement des déchets d'activités de soins, pour une augmentation brutale de ses prix, augmentation qualifiée à la fois d'abus d'exploitation et d'abus d'éviction.

SANICORSE a relevé appel de cette décision.

Et, par un arrêt du 14 novembre 2019, **la Cour d'appel de PARIS** (seule compétente, en appel d'une décision de l'Autorité de la Concurrence) **a réformé cette décision**, au motif qu'aucune violation à l'article L. 420-2 du Code de commerce ne peut être établie.

La Cour considère ainsi que la pratique de l'abus d'exploitation n'est établie que s'il est possible de démontrer :

- que c'est la position dominante de l'entreprise en cause qui lui a permis d'obtenir les avantages contractuels,
- et que ces avantages étaient inéquitables.

S'il est exact que, sans sa position dominante, l'entreprise n'aurait pas pu imposer de telles hausses de prix, en revanche, la Cour estime que le caractère inéquitable des augmentations de prix n'était pas établi.

En l'espèce, l'augmentation de prix ayant été acceptée au terme de négociations, le caractère inéquitable de l'augmentation n'était pas avéré.

Mots Clé : Article L. 420-2 du Code de commerce – Abus d'exploitation (non) – Abus d'éviction (non) – Critères cumulatifs de l'abus d'exploitation : position dominante de l'entreprise lui ayant permis d'obtenir des avantages contractuels (en l'espèce, oui) ; caractère inéquitable de ces avantages (en l'espèce, non).

### **3. LA QUESTION DE LA PREUVE DE LA SOUMISSION DES FOURNISSEURS, DANS LA GRANDE DISTRIBUTION**

**Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 novembre 2019  
Pourvoi n° 18-12.823**

A la suite d'une enquête diligentée auprès de toutes les enseignes de la grande distribution afin de vérifier la conformité de leurs contrats à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, **le Ministre chargé de l'économie a**, le 2 novembre 2009, **assigné les sociétés** SPAL boissons, SCA LS frais, SCA laits et dérivés, SCA condiments et dérivés et ITM alimentaire France, aux droits desquelles est venue la société ITM alimentaire international (**groupement dit des Mousquetaires**), **afin**, notamment, **qu'il leur soit fait injonction de cesser**, pour l'avenir, **la pratique** consistant à mentionner dans les contrats conclus avec les fournisseurs certaines **clauses**, constitutives, selon lui, d'un **déséquilibre significatif** au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ;

Dans un arrêt du 20 décembre 2017, la Cour d'appel de PARIS a débouté le Ministre de l'ensemble de ses demandes.

**Le Ministre a formé un pourvoi en cassation**, aux motifs :

1°/ Que le ministre de l'économie et des finances peut demander en justice d'ordonner la cessation de pratiques consistant à soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif, dans les droits et obligations des parties ; qu'il appartient au défendeur qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation ; que la cour d'appel a constaté que le ministre de l'économie établissait que la société ITM alimentaire international, en faveur de laquelle s'exerçait une forte asymétrie dans le rapport de force existant sur un marché structurellement déséquilibré sur lequel elle intervient, avait rédigé la convention type pour l'année 2009 proposée à l'ensemble de ses fournisseurs et contenant des clauses dont une, au moins, est significativement déséquilibrée ; qu'en imputant au ministre de l'économie la charge de la preuve des circonstances dans lesquelles les conventions annuelles avaient été signées par les différents fournisseurs et d'une possibilité de négocier effectivement et librement chacune des clauses litigieuses, pour juger qu'en l'absence de production de ces éléments de preuve, la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans leurs obligations n'était pas établie, quand il incombait au contraire à la société ITM alimentaire international de prouver n'avoir pas abusé de sa position de force et permis à ses fournisseurs de négocier réellement les clauses litigieuses, en particulier à ceux ne disposant manifestement pas d'une puissance de négociation, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article L. 442-6 III du code de commerce ;

2°/ Que le ministre de l'économie et des finances peut demander en justice d'ordonner la cessation de pratiques consistant à tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que la cour d'appel a constaté que le ministre de l'économie établissait que la société ITM alimentaire international, en faveur de laquelle s'exerçait une forte asymétrie dans le rapport de force existant sur le marché de la distribution, avait pré-rédigé les clauses litigieuses du contrat type pour l'année 2009 proposé à l'ensemble de ses fournisseurs, c'est-à-dire à ceux qui disposaient d'une puissance théorique de négociation comme à ceux qui n'en disposaient pas ; qu'en ne déduisant pas de ces constatations la tentative de la société ITM alimentaire international de soumettre l'ensemble de ses partenaires commerciaux à des obligations créant un déséquilibre significatif, refusant ainsi de réprimer la tentative de soumission à une pratique de déséquilibre significatif, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'inféraient de ses constatations et violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

Par **arrêt du 20 novembre 2019**, la **Cour de cassation a rejeté son pourvoi**, au motif suivant :

La Cour d'appel a jugé :

- Que la soumission ou la tentative de soumission d'un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées,
- Que, si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective,
- Que, **s'il a pu** être déduit, dans certains cas, un indice de soumission ou de tentative de soumission de déséquilibre significatif, de l'adoption, par un certain nombre de fournisseurs, de clauses identiques qui leur étaient manifestement défavorables, **tel n'est pas le cas** dans la présente espèce puisque si **le Ministre** prétend que les clauses litigieuses ont été intégrées dans toutes les conventions ou que tous les fournisseurs de la société ITM alimentaire international ont été concernés par ces clauses, il n'appuie cette affirmation sur aucun élément de preuve, ne versant aux débats que cinq contrats comportant les clauses litigieuses, signés par des fournisseurs qui ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE, sur lesquels il **n'apporte aucun élément de preuve** quant aux circonstances factuelles dans lesquelles ils ont été conclus et n'établissant donc pas qu'ils n'ont pas fait l'objet de négociations effectives ;
- Que le signataire de l'un de ces cinq contrats, la société Danone eaux France, a pu négocier l'article 2 de la convention d'affaires de 2009, tandis qu'un autre, la société Mars, a fait le choix de ne pas dénoncer cette clause, qui n'était pas appliquée ;
- Qu'il relève encore que la société ITM alimentaire international justifie de ce que deux autres fournisseurs, les sociétés Orangina/Schweppes et Herta, ont également pu négocier les articles 2 et 4.2 de la convention d'affaires de 2009.

La Cour de cassation considère « qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, **c'est à bon droit** (sans inverser la charge de la preuve), **que la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi** que les clauses litigieuses pré-rédigées par la société ITM alimentaire international constituaient une composante intangible des cinq contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, **ce dont elle a déduit que la preuve de la soumission ou tentative de soumission** exigée par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction applicable à la cause, **n'était pas rapportée.** »

En résumé :

- il n'y a **aucune présomption** de soumission des fournisseurs, aux distributeurs hypermarchés,
- si les fournisseurs, ou le Ministre de l'Economie souhaitent engager une action en suppression de clauses à l'origine de la soumission alléguée, **il leur incombe d'apporter la preuve de cette soumission ou de tentative de soumission.**

Mots Clé : Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019) – Déséquilibre significatif – Soumission ou tentative de soumission du fournisseur – Preuve (non) – Rejet du pourvoi

## **4. QUATRE ÉMETTEURS HISTORIQUES DE TICKETS RESTAURANT CONDAMNÉS A PRÈS DE 415 MILLIONS D'EUROS POUR ENTENTES ILLICITES**

**Autorité de la concurrence, 18 décembre 2019**

L'Autorité inflige des sanctions de près de 415 millions d'euros, aux quatre émetteurs de titres-restaurant historiques en France : EDENRED FRANCE, UP, NATIXIS INTERTITRES ET SODEXO PASS FRANCE ainsi qu'à la CENTRALE DE REGLEMENT DES TITRES (CRT), qui assure, pour leur compte, le traitement et le remboursement des titres-restaurant auprès de leurs clients, estimant que ces acteurs ont méconnu le droit de la concurrence en mettant en place des pratiques constitutives d'entente.

Deux types de pratiques ont été mises en œuvre :

- Entre 2010 et 2015, EDENRED FRANCE, UP, NATIXIS INTERTITRES ET SODEXO PASS FRANCE **se sont échangés** tous les mois, par le biais de la CRT, **des informations commerciales confidentielles** portant sur leurs parts de marché respectives, **ce qui a permis de restreindre la concurrence entre eux** ;

- Entre 2002 et 2018, EDENRED FRANCE, UP, NATIXIS INTERTITRES ET SODEXO PASS FRANCE ont adopté une série d'**accords ayant pour objet de verrouiller le marché des titres-restaurant** en contrôlant l'entrée de nouveaux acteurs et **en s'interdisant réciproquement** de se lancer dans l'émission des titres dématérialisés (sous forme de carte ou d'application mobile). Ces pratiques ont **porté atteinte à la concurrence** et **freiné le développement en France de l'innovation technologique**, avec les titres-restaurant dématérialisés.

Mots Clé : Entente – Emetteurs de titres-restaurant – Restriction de la concurrence (oui) – Echange d'informations commerciales confidentielles – Accords ayant pour objet de verrouiller le marché – Accord tendant à freiner le développement technologique – Sanction (oui).

## **5. GOOGLE CONDAMNÉ À 150 MILLIONS D'EUROS PAR L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, LES RÈGLES DE FONCTIONNEMENT DE « GOOGLE ADS » N'ÉTANT NI OBJECTIVES, NI TRANSPARENTES, MAIS DISCRIMINATOIRES**

**Autorité de la concurrence, 20 décembre 2019**

L'Autorité de la concurrence considère que les règles de fonctionnement de « Google Ads » imposées par Google aux annonceurs, sont établies et appliquées dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires.

L'opacité et l'absence d'objectivité de ces règles rendent très difficile leur application par les annonceurs, alors que Google a toute discrétion pour modifier son interprétation des règles de façon difficilement prévisible, et décider en conséquence si les sites les respectent ou non. Cela permet à Google de les appliquer de façon discriminatoire ou incohérente.

Cela conduit à des dommages à la fois pour les clients annonceurs mais aussi pour les utilisateurs du moteur de recherche.

L'Autorité a infligé à Google une **sanction pécuniaire de 150 millions d'euros**.

Elle soumet également Google à une **injonction de clarification des règles de fonctionnement de sa plateforme publicitaire Google Ads et des procédures de**

**suspension des comptes. Google devra également mettre en place des mesures de prévention**, de détection et de traitement des violations des « Règles » Google Ads.

Mots Clé : Abus de position dominante – Marché de la publicité liée aux recherches – plateforme publicitaire « Google Ads » - Règles de fonctionnement opaques, non objectives et discriminatoires – Imprévisibilité – Dommages pour les clients annonceurs et pour les utilisateurs du moteur de recherche – Sanction (oui) – Injonction de clarification des règles de fonctionnement de « Google ads » (oui)

## **Deuxième partie. ACTUALITÉ LÉGISLATIVE**

**Ordonnance n° 2019-358, 24 avr. 2019**

**Ordonnance n° 2019-359, 24 avr. 2019**

Publiées au JO du 25 avril 2019

Deux ordonnances (notamment) du 24 avril 2019 tendent à rééquilibrer les relations commerciales dans les secteurs de la production et de la distribution.

■ **L'ordonnance n° 2019-358** modifie l'ancien article L. 442-9 du **Code de commerce** relatif à l'**interdiction des prix abusivement bas**. Désormais codifié à l'**article L. 442-7** du même Code, il s'applique à tout achat de « produits agricoles ou de denrées alimentaires », effectué auprès d'un « fournisseur ».

Pour caractériser un prix abusivement bas, le juge devra « tenir compte » des indicateurs de coûts et de prix. Mais attention : le seul fait que le prix de cession ne couvre pas les coûts de production n'est pas une condition suffisante pour caractériser le prix comme abusivement bas.

■ **L'ordonnance n° 2019-359** porte « refonte du titre IV du livre IV du **Code de commerce** » (le Livre IV étant consacré à la « liberté des prix et de la concurrence »).

Le **chapitre I** du nouveau titre IV est relatif à « la **transparence** dans la relation commerciale ». Il comprend les dispositions relatives :

- aux conditions générales de vente,
- à la négociation commerciale,
- à la conclusion des conventions écrites,
- ainsi qu'à la facturation et aux délais de paiement.

Le **chapitre II**, consacré aux « **pratiques commerciales déloyales entre entreprises** », comprend toutes les dispositions sur les pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées. C'est dans ce chapitre qu'on retrouvera les pratiques interdites sous l'empire de l'ex-article L. 442-6.

Le **chapitre III** comprend toutes les « **dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires** ».

Ce chapitre n'intègre, pour le moment :

- ni les dispositions de l'ordonnance n° 2018-1128 sur le relèvement du seuil de revente à perte et l'encadrement des promotions,
- ni celles qui transposeront la directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

Il devrait donc être complété, à l'occasion d'une prochaine ordonnance.

---

Pour d'autres articles d'actualité juridique, nous vous invitons à consulter notre site :

[www.lexcontractus.fr](http://www.lexcontractus.fr)

Vous pouvez librement vous abonner à notre newsletter (depuis la rubrique *Actualités juridiques* de notre site).  
De même, vous pouvez librement vous en désabonner, par simple mail adressé à : [cb@lexcontractus.fr](mailto:cb@lexcontractus.fr)

---

**Mention légale :**

Le présent bulletin est gratuit et ne peut être vendu.

Tous les droits de propriété intellectuelle (tels que notamment droits d'auteur, droits voisins, droits des marques) sont réservés. Ces éléments sont la propriété unique de la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) LEX CONTRACTUS, immatriculée au RCS de BORDEAUX sous le n° 519 133 219.

Toute utilisation non expressément autorisée entraîne une violation des droits d'auteur et constitue une contrefaçon. Elle peut aussi entraîner la violation de tous autres droits et réglementations en vigueur. Elle peut donc engager la responsabilité civile et/ou pénale de son auteur.

©LexContractus