

LA CRISE DU CONTRAT DE FRANCHISE ?

Sous la direction scientifique de D. Mainguy,
professeur à la faculté de droit de Montpellier

Jean-François Cesaro
Malo Depincé
Régis Fabre
Nicolas Ferrier
Daniel Mainguy
Jean-Louis Respaud

2015



UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »
Faculté de droit et science
politique
Université de Montpellier



**« Dynamiques du droit », collection
« consommation et du marché »**

**UMR CNRS 5815 « Dynamiques du droit »
Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier**



© UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »
39 rue de l'Université – 34000 Montpellier
ISBN 978-2-9550230-0-6

SOMMAIRE

Avant-propos	p. 5
Introduction : la crise du contrat de franchise ?	p. 9
Daniel Mainguy Professeur à l'université de Montpellier	
Les fonctions du contrat de franchise	p.17
Régis Fabre Maître de conférences émérite à l'université de Montpellier Avocat, Senior partner, Baker & McKenzie	
Les alternatives à la franchise : la commission-affiliation va-t-elle remplacer le contrat de franchise ?	p. 29
Nicolas Ferrier Professeur à l'université de Montpellier	
Le gérant de succursale : à propos d'un exercice juridique de co-qualification	p. 49
Jean.-François Cesaro Professeur à l'université Paris I(Panthéon-Sorbonne)	
Fonctions et limites de la « loi Doubin »	p. 63
Jean-Louis Respaud Maître de conférences de droit privé à la faculté de droit d'Avignon	
Le contrat de franchise dans la tourmente de l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce	p. 73
Malo Depincé, Maître de conférences HDR à l'université de Montpellier	
Le contrat de franchise et la distribution alimentaire	p.85
Daniel Mainguy Professeur à l'université de Montpellier	
Annexes	p. 101
Législation française	p. 101
Réglementation européenne	p. 108
Jurisprudence (Cour de cassation)	p. 123
Jurisprudence (Décisions et avis Autorité de la concurrence)	p. 200

Avant-propos

Cet ouvrage rassemble les communications des participants au colloque « la crise du contrat de franchise ? » qui s'est déroulé à Montpellier le 12 septembre 2014. Il rassemblait des universitaires et de nombreux professionnels autour de ce thème ; bien entendu, les actes d'un colloque ne peuvent retracer exactement les questions, les débats noués oralement après les propos de chacun des orateurs.

Toutefois, le lecteur trouvera, après le texte des communications, un ensemble d'annexes reproduisant les textes législatifs et les principales décisions de jurisprudence citées par les participants.

Il convient de signaler, pour les remercier chaleureusement, que ce colloque, et la publication de ses actes a été rendue possible grâce au soutien de la faculté de droit et science politique de Montpellier, de l'Université de Montpellier, de l'UMR CNRS 5815 « Dynamique du droit », des éditions Lextenso, et grâce au soutien financier de la société SFR.

Introduction : La crise du contrat de franchise ?

D. Mainguy

Professeur à l'université de Montpellier

Assiste-t-on à une crise du contrat de franchise dans la jurisprudence française ? Cette proposition d'interrogation peut surprendre de prime abord. En effet, le contrat de franchise est un contrat judiciairement discret, légèrement troublé par l'application des règles de la loi *Doubin*, en apparence tout au moins.

En effet, la jurisprudence a choisi depuis 1998 une interprétation peu sévère de la loi *Doubin* (C. com., art. L. 330-3), entre la possibilité d'y voir un vice spécial du consentement en une forme de présomption de dol où la simple violation des règles de l'article 330-3 du Code de commerce aurait pu être considérée comme un dol présumé, présomption à renverser par le fournisseur, et une simple application des règles du dol, sans originalité, choix réalisé en 1998.

Le contrat de franchise est en outre un contrat très usité, mais sans réglementation particulière, ce qui, en droit français est assez original. Tout juste la loi *Doubin* qui, par la généralité de ses termes n'est pas spécifique au contrat de franchise, et quelques règles adjacentes, propres aux techniques de régulation du droit de la concurrence. Pourtant, malgré l'absence de règles légiférées, le contrat de franchise n'est pas un contrat inconnu, ni un contrat inconnu. L'emploi des termes « contrat de franchise » assure qu'un juge ou un contractant comprendra la nature et le régime de ce contrat et s'entendra sur une définition : le contrat de franchise peut être considéré comme celui par lequel un commerçant, le franchiseur, qui dispose d'un savoir particulier et de signes distinctifs particuliers dans un domaine donné et qui a exploité une « réussite

commerciale » particulière due à ces avantages particuliers, accorde à un autre commerçant, un franchisé, le droit d'exploiter cet ensemble, moyennant versement de sommes d'argent. L'article 1-3 du REC n°4087/88 qui n'est plus en vigueur depuis 1999, définissait ainsi le contrat de franchise comme le contrat par lequel une « *entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle (...) destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services déterminés à des utilisateurs finals* ». Le Règlement n°330/2010 propose à cet égard une définition bien moins efficace et pertinente à travers ses lignes directrices, les définissant comme des accordant une « *licence de droits de propriété industrielle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété industrielle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale et technique* ».

Pour autant, ce type de description n'est pas véritablement une technique de « qualification » du contrat de franchise ⁽¹⁾, qui ne fait pas l'objet d'un régime juridique propre. D'ailleurs, bien des contrats de franchise sont désignés en pratique comme des « contrats de partenariat », « contrats de collaboration », voire « contrats de coopération », souvent en raison de l'image, ambiguë, de la franchise auprès des futurs candidats franchisés.

De ce point de vue, le contrat de franchise est tout à la fois un contrat de distribution et un contrat de financement. En effet, il s'intègre dans la catégorie des contrats de distribution, et plus spécifiquement dans celle des contrats de réitération ⁽²⁾. Par le contrat de franchise, le franchisé cherche à réitérer l'expérience réussie du franchiseur ; il se présente comme un « clone commercial » du franchiseur. Cet aspect original du contrat de franchise alimente le débat sur l'existence d'un intérêt commun dans le contrat de franchise, propre à assurer une position particulière du franchisé, qui est à la fois la reproduction indépendante de l'expérience du franchiseur et dépendant de ce dernier ⁽³⁾, solution que la jurisprudence a toujours écarté, dans ce contrat comme dans les autres

¹ V. cependant Lyon, 2 mars 2000 : JCP E 2002, IV, 1399, Douai, 4 juill. 2002, D. 2002, act. jurispr. p. 2868,

² D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, 5^{ème} éd. 2014, n° .

³ C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, Droit de la franchise, op. cit. n° 55, Ph. Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz, 1999, p. 127.

contrats de distribution ⁽⁴⁾. Dans le même temps, le contrat de franchise permet au franchiseur de multiplier des points de distribution identiques au sien alors qu'ils sont financés par les franchisés.

Ce type de contrat est également un cas type de *contrat de collaboration* et un *contrat d'enseignement* dans la mesure où le franchiseur doit transmettre un savoir-faire, mettre à jour celui-ci afin que son originalité et que les éléments le distinguant de ceux de ses concurrents soient toujours pertinents, mettre à disposition des signes distinctifs, l'ensemble se signalant par une obligation d'assistance forte et particulière. En effet, et c'est le principal élément qui justifie le succès du contrat de franchise, tout le monde y trouve, en principe son compte. Le franchiseur dispose d'une technique lui permettant d'étendre, voire de créer un réseau dont il va directement profiter, via la rémunération des contrats de franchise, voire indirectement, en cas de cession du réseau. Le franchisé trouve là un moyen efficace de créer sa propre entreprise en rejoignant un réseau connu, doté d'une image de marque forte et d'une expérience éprouvée.

Les traits distinctifs du contrat de franchise, par rapport à d'autres formes de contrats de distribution, reposent sur l'existence d'un savoir-faire, dont la pertinence fait l'objet d'une attention toute particulière, d'une mise à disposition de marques et signes distinctifs, parfois conçues comme de véritables licences de marque, notamment lorsque le franchisé « produit » des choses ou des services, et une assistance technique.

Si la qualification du contrat de franchise, au sens juridique du terme est inefficace, des techniques d'identification concurrente existent (cf. supra), voire des variantes. Récemment, le contrat de « commission affiliation » est apparu, la composante « affiliation » remplaçant celle de franchise, pour des modèles de franchise de distribution, essentiellement pour éviter au distributeur de financer ses stocks de marchandises, et au fournisseur de « fixer » les prix de « revente », dans la mesure où la composante « commission » du contrat crée un lien direct avec le consommateur.

⁴ Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-19.232, CCC 1998, n° 20, obs. L. Leveneur, JCP G 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, Cass. com., 8 janv. 2002, n°98-13142 CCC 2002, n° 78, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 2002, somm. p. 3009, obs. D. Ferrier. Cependant la jurisprudence des juges du fond est plus éparpillée sur ce point (cf. Y. Marot, La collaboration entre franchiseur et franchisé : LPA 31 août 2000, n° 174, p. 4).

Pour autant, l'originalité technique du contrat de franchise est parfois niée pour le rapprocher de la figure du contrat de concession commerciale dont il ne serait qu'un dérivé, notamment lorsque le contrat porte sur des services : le contrat de franchise serait ainsi le nom donné à la « concession de services ».

Ainsi l'obligation d'assistance technique et commerciale est commune aux contrats de franchise et de concession, les secteurs dans lesquels la franchise a prospéré aux Etats-Unis (le secteur automobile) sont ceux du contrat de concession ⁽⁵⁾.

Pourtant, plusieurs traits permettent de repérer une véritable originalité de ce type de contrat. Le premier porte sur le fait qu'il a pour objet principal la transmission d'un savoir-original, de sorte que le franchisé va réaliser exactement la même activité que le franchiseur. On ne retrouve ainsi pas la logique de spécialisation du contrat de concession. Cette différence peut cependant être limitée par le fait que le franchiseur reste le « producteur », le fournisseur, soit des marchandises pour une franchise de distribution, soit des services pour des services réalisés par le franchiseur (dans les secteurs de la téléphonie, de l'assurance, de la banque, du voyage, etc.), soit des accessoires ou des ingrédients nécessaires à l'exploitation de la franchise. En outre, le contrat de franchise n'implique la présence d'une clause d'exclusivité territoriale, alors qu'elle est une composante essentielle du contrat de concession. Enfin, les techniques financières des contrats de concession et de franchise sont très différentes : le contrat de franchise connaît souvent un « prix » propre, sous la forme d'un droit d'entrée et de redevances, ce qui est inconnu du contrat de concession. D'ailleurs, le droit européen de la concurrence, lorsqu'il porta son attention, dans les années 1980, sur ces contrats distingua parfaitement les deux formules contractuelles.

Le contrat de franchise présente en outre cette particularité de n'être pas réservé à la distribution de marchandises, à la différence du contrat de concession ou de distribution sélective.

Le développement de la franchise s'observe dans bien des domaines : le secteur hôtelier, le secteur industriel, le secteur très large des services, et bien entendu le secteur de la distribution dans lequel le franchiseur peut être un producteur et la franchise pourra sembler n'être qu'un avatar

⁵Comp. M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, n°236.

de la concession ou bien dans lequel le franchiseur est lui-même un distributeur ou un grossiste qui a élaboré un savoir-faire particulier dans la distribution voire dans la grande distribution ⁽⁶⁾.

L'ensemble forme un paysage finalement bigarré quoi que fondé sur les mêmes bases.

Ainsi la « franchise de services », qui représente plus de 50% des réseaux de franchise, met en scène un franchiseur qui met à la disposition de ses franchisés un système standardisé afin de proposer un ensemble de services à la clientèle ; ce système suppose généralement l'existence d'un établissement « pilote », un savoir-faire performant, pertinent et évolutif. Les services susceptibles d'une telle activité sont innombrables, sans doute tous les types de services, des services à la personne (services d'installation de matériels, nettoyage, locations diverses, enseignement, soins, bien-être, sport, détente) ou aux entreprises, les conseils, y compris juridiques d'ailleurs, etc. La restauration est un secteur particulier, dans lequel des « chaînes » de restauration se développent à des vitesses très rapide.

La « franchise hôtelière » est un modèle un peu particulier, mais qui permet de catégoriser des hôtels et des consommateurs, de développer des marques en matière internationale. Les investissements y sont considérables et la fin des contrats problématique en raison de la présence surabondante des signes distinctifs dans la décoration (murs, moquettes, serviettes, mobiliers spécifiques, etc.). Cette formule est parfois inversée sous la forme d'un « contrat de management » ou de gestion ou « franchisage financier » ⁽⁷⁾. Il s'agit ici de situation dans lesquelles le propriétaire d'un immeuble envisage de développer un hôtel mais sans vouloir assumer la gestion de ce celui-ci. Plutôt, donc, que de conclure un contrat de franchise impliquant le transfert, à son profit, du savoir-faire nécessaire à l'exploitation d'un hôtel (ou d'un restaurant) par lui-même, il peut choisir, à l'inverse, de confier la gestion de cet établissement. Dès lors, est dissociée la fonction d'investissement, via la

⁶ Il y aurait plus de 1500 réseaux de franchise en France intéressant plus de 60 à 100 000 points de vente franchisés.

⁷ G. Chastenot de Gery, La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière, Contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion, th. Paris IX, 1998 ; K. Torbey, Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés, Étude de droit français et de droit libanais, LGDJ, 2002 ; P.-F. Cruz, Le contrat de gestion, *Économica* 2004.

propriété de l'immeuble, et la fonction de gestion, via la propriété du fonds de commerce : l'investisseur peut alors être distinct du gestionnaire et encore distinct du franchiseur. Des entreprises se sont ainsi spécialisées, certaines dans les investissements, d'autres dans la gestion.

La « franchise de distribution » est celle où le savoir-faire est en général réduit à sa plus simple expression puisqu'il se réduit en général à une capacité à sélectionner des produits, ou les concevoir, et à développer une marque et une image de marque, fonction qui sont celles d'un distributeur traditionnel. Le risque est alors plus grand que dans les autres modèles de voir contester la réalité du savoir-faire. Pour cette raison, mais également afin de pallier les difficultés en termes de gestion des stocks et de prix imposés, la formule a largement évolué vers celle de la « commission affiliation »⁽⁸⁾, où le « franchiseur » propose simplement à un « franchisé » une affiliation à un réseau, donc à une marque, et un savoir-faire, ainsi qu'une forme de dépôt de marchandises dont le « franchiseur » demeure le propriétaire et le franchisé est chargé, c'est la composante « commission », de vendre en son nom et pour le compte du franchiseur. Il s'agit ainsi d'une technique de « dépôt vente » associée à une présentation unifiée du magasin, des assortiments, à travers une technique d'« affiliation », et dont les tentatives de requalification en contrat de mandat, mandat d'intérêt commun ou agence commerciale, ont échoué. Le franchiseur peut alors être un fabricant qui écoule sa production à travers un réseau de distributeurs franchisés, ou un sélectionneur, qui dispose alors souvent d'une centrale d'achat⁽⁹⁾.

On peut observer que cette technique de distribution est certainement celle qui, en termes économiques, est la plus importante, puisqu'elle regroupe notamment les contrats de franchise de la grande distribution, et notamment de la distribution alimentaire, dans les cas où l'enseigne de la grande distribution ne distribue pas par un réseau intégré, parfois désignée comme « franchise participative »⁽¹⁰⁾, et qui suscite un contentieux considérable notamment au regard des règles du droit de la

⁸ D. Mainguy et J.-L. Respaud, À propos du contrat de commission-affiliation, in *Libre Droit*, Mél. Ph. le Tourneau : Dalloz, 2007, p. 761, M.-J. Loyer-Lemercier, *Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ?* : JCP E 2011, 1218, plus nuancé, D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°693.

⁹ Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00.668, JCP E 2003, Cah. dr.entr. 2003, n° 5, p. 43, obs. J.-L. Respaud. Adde : S. Richard, *Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement* : JCP E 2011, Cah. dr. entr. 2011, n° 4, 2010, dossier 22.

¹⁰ Cf. B. Dondero, JCP, éd. E, 2012, 1641.

concurrence et de l'avenir, encore à écrire, de l'avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 à l'aune de la loi *Macron* de 2015 et de son dispositif emportant un départ de réglementation des « réseaux de distribution commerciale ».

La « franchise de stand », « franchise corner » ou « franchise de comptoir » ou encore « d'emplacement » est une figure particulière de franchise de distribution. Il s'agit pour le promoteur d'un réseau d'exploiter sa marque et ses produits sur un comptoir, dans un grand magasin, un hôtel, un aéroport avec d'autres. La formule est moins une variété de franchisage, qu'une sorte de bail, qui n'est d'ailleurs pas commercial ⁽¹¹⁾, permettant au franchisé de stand d'exploiter un espace dans des conditions assez limitées, avec un savoir-faire limité et une formule très différente des autres modes de distribution utilisés par la marque ⁽¹²⁾. D'ailleurs, la pratique désigne comme franchise de stand des formules très différentes, des hypothèses d'exploitation par des salariés du fournisseur ⁽¹³⁾, de bail, de location gérance, etc.

Dernière figure, la « franchise industrielle » est un modèle contractuel particulièrement typique du modèle proposé par la franchise. On en rencontre des exemples dans le secteur du bâtiment, de l'industrie alimentaire, des composants automobiles, etc. La formule permet d'identifier des « *contrats en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci* » ⁽¹⁴⁾. Le contrat de franchise industrielle assure ainsi au franchisé la possibilité de fabriquer les mêmes produits que ceux du franchiseur, selon ses techniques, son savoir-faire, sa marque et son assistance et ce faisant développe un composante de « transfert de technologie » très importante. Conclu dans un contexte interne, par exemple pour limiter les coûts de transport, ou international pour développer la marque et les produits à l'international soit sous la forme d'une joint-venture soit d'une véritable relation de franchise avec un franchisé indépendant.

Le succès de la formule de la franchise, en France notamment, est sans conteste. Elle se développe de manière continue de telle sorte que le

¹¹Cass. ass. plén., 24 avr. 1970, n° 68-10914 : JCP E 1970, II, 16489, note B. Boccara, RTD com. 1970, p. 674, obs. A. Jauffret.

¹² Cf. D. Ferrier, La distribution sélective : deux alternatives de substitution : JCP E 1993, Cah. dr. entr. 1993, n° 1, p. 6.

¹³ Paris, 31 mars 1994 : JCP E 1995, I, 439, n° 3, obs. J. Raynard.

¹⁴ CJUE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE, p. 353, pt. 14.

France est le premier pays dans lequel ce type de contrat prospère même si, dans les diverses enquêtes et recensements, les chiffres sont parfois très différents, en raison de l'impossibilité de s'entendre sur la signification réelle du terme « franchisage ». Ce succès n'est d'ailleurs pas sans conséquence, certains réseaux se révélant très incertains, peu pérennes, voire de véritables escroqueries et pour les moins pires, des projets insuffisamment préparés ou trop axés sur des effets de modes. Il demeure ainsi que le contrat de franchise est particulièrement pathogène notamment lorsque l'expérience du franchisé se révèle être un échec, ce qui est évidemment une contradiction avec la promesse offerte par la définition du contrat de franchise : la réitération de la réussite commerciale du franchiseur.

Le « secteur de la franchise » attire, pour ces raisons bien des attentions, celui des professionnels, regroupés dans une fédération, la Fédération Française de la Franchise, et ses opposants, dans des associations de défense des franchisés, des avocats et conseils spécialisés, et un droit supposé particulier, lequel oscille entre pétition de réglementation et prétention à la discrétion.

Depuis quelques années cependant, le débat relativement apaisé autour de la nature et du régime du contrat de franchise, confiné à des litiges ordinaires concernant sa formation ou son extinction, semble changer ; d'abord avec des tentatives de requalification, par exemple autour de succédanées du contrat de franchise comme le contrat de commission-affiliation, avec la considération concurrentielle de la formule du contrat d'affiliation, dans la grande distribution, dont la proximité avec le modèle-type de la franchise est évident, depuis l'avis de l'Autorité de la concurrence de 2010, avec le durcissement des conditions d'appréciation de la loyauté de la formation du contrat, notamment depuis 2011 et la question de « l'erreur sur la rentabilité » de l'entreprise, franchisée, et enfin avec l'entreprise de « travaillisation » du contrat de franchise ⁽¹⁵⁾.

Ces difficultés sont-elles surestimées ou ne sont-elles que le résultat ordinaire du jeu de l'interprétation judiciaire en tant de crise ?

Sont-elles au contraire le symptôme d'une crise du contrat de franchise, crise du contrat lui-même dont le contenu et la conception devrait évoluer, ou crise du droit application au contrat de franchise ? Les

¹⁵Comp. D. Mainguy, Faut-il brûler le droit de la distribution ? D. 2013, p. 1222.

experts rassemblés pour ce colloque livreront leurs opinions sur ce point capital pour un secteur économique considérable en France.

Les fonctions du contrat de franchise

Régis Fabre

Maître de conférences émérite à l'université de Montpellier
Avocat, Cabinet Baker & McKenzie

Le sujet qui m'a été donné par les organisateurs est assez simple : « Les fonctions du contrat de franchise » et je suis un peu gêné d'en parler devant vous qui êtes tous d'éminents spécialistes de la question. Je suis certain que vous en savez au moins autant que moi, donc pardonnez par avance mon audace.

La principale fonction du contrat de franchise c'est de permettre la création d'un réseau.

En effet, si le commerce du franchiseur, grâce à des savoir-faire, fonctionne particulièrement bien, si sa marque est suffisamment reconnue, s'il peut transférer ce savoir-faire et cette marque à un tiers en considérant qu'il aura de bonnes chances de succès, il va pouvoir, en tant que franchiseur, faire créer un autre magasin qui sera homogène avec le sien, qui aura les mêmes caractéristiques, les mêmes gammes et ainsi de suite ...de ce fait, il créera un réseau.

Aujourd'hui, la création de réseaux est un phénomène essentiel parce qu'exercer un commerce en dehors d'un réseau devient extrêmement difficile, voire utopique. Ainsi, dans l'alimentation, à partir d'une certaine taille au demeurant raisonnable (50 m²), il est illusoire d'exister sans enseigne. C'est de plus en plus vrai également dans les différents secteurs du commerce : habillement, bricolage et même les secteurs qui résistent : bijouteries, cafés, restaurants se mettent progressivement au réseau !

En dehors de ces cas originaux, on sait très bien aujourd'hui que l'enseigne plus le savoir-faire permettent d'attirer une clientèle spécifique structurée qui, du coup, se sentira confortable quand elle ira dans telle ou telle enseigne.

Si nous prenons le modèle Accor, on mesure très bien quelle contrepartie on aura en choisissant un Formule 1, un Novotel ou un Sofitel.

L'objet de la franchise est donc bien en premier lieu de créer un réseau. Mais cette création de réseau peut se faire de différentes manières et il me semble pour pouvoir comparer que le premier point de mon propos doit être de rappeler les différents schémas pour constituer un réseau (I) puis de voir les risques (II).

I - Les schémas de constitution de réseaux

Il y a d'abord le **système succursaliste**. Le réseau est créé par une seule entreprise qui va être propriétaire de l'ensemble des points de vente. C'est-à-dire que le créateur du réseau va devoir investir dans chaque point de vente, va devoir l'aménager, va devoir embaucher le personnel et le gérer. Il ne partagera avec personne ses investissements, ses profits et ses risques. Tout le profit et toute la perte sera pour lui. Certes, c'est cher. Certes, cela peut être très difficile, je pense notamment à l'aspect relations humaines, mais d'un autre côté, quand ça réussit, l'ensemble du profit est pour l'investisseur.

L'autre système consiste à **constituer un réseau en partageant les risques**, c'est-à-dire qu'on va faire équipe à deux pour créer un réseau. On va s'appuyer sur un commerçant indépendant d'une autre ville à qui on va transmettre les éléments clés qui lui permettront de créer puis de développer son fonds de commerce.

Là également, il y a deux schémas : un schéma sociétaire (1) et un schéma contractuel (2)

1) un schéma sociétaire

C'est le système coopératif où une société va associer dans sa structure un commerçant indépendant en lui fournissant les éléments qui lui

permettront de créer et de développer son commerce, c'est-à-dire une enseigne, un savoir-faire, une gamme de produits, des capacités d'achat.

Le distributeur indépendant sera associé à la société, c'est-à-dire qu'il ne sera pas tenu par un contrat, mais par les statuts qu'il signe.

La caractéristique de cette structure est que le schéma coopératif a pour objectif essentiellement de protéger l'ensemble des coopérateurs, mais il ne vise pas à enrichir la coopérative. Les gains restent au niveau des coopérateurs, des adhérents et si on voit, aujourd'hui, qu'un certain nombre de coopératives ont autant de mal à développer à l'étranger, en dehors du système coopératif, c'est bien parce qu'elles n'ont pas les moyens financiers suffisants pour le faire.

2) un schéma contractuel

Les schémas contractuels associant un commerçant leader à un autre sont multiples. On parlera de contrat de partenariat, de distribution, etc., de contrat de commission-affiliation (ce sera évoqué tout à l'heure), mais on parle aussi et surtout du contrat de franchise.

Dans ce type de contrat, il va donc y avoir un lien contractuel entre un franchiseur titulaire de marques et d'un savoir-faire et un franchisé.

Je ne vais pas entrer dans le détail, ce serait vous faire offense. Je voudrais simplement rappeler quelques évidences :

- En premier lieu, c'est que la relation est contractuelle et non sociétaire et que ce simple fait va avoir des avantages et des inconvénients.

L'avantage de la formule contractuelle est que l'on ne peut pas la modifier sans l'accord des parties, c'est-à-dire en clair, sans l'accord du franchisé. Alors que dans une coopérative, les règles de majorité peuvent permettre dans certains cas, de modifier la règle du jeu sans l'accord de tous les participants.

L'inconvénient, c'est la durée. Dans le contrat de franchise, la durée va être forcément limitée à cinq ou six ans. Dans la société coopérative, la durée est beaucoup plus longue. Certes, on peut être exclu, certes chacun

a le droit de se retirer, mais en principe, la relation peut durer le temps de la société.

- En second lieu, le savoir-faire doit être à la fois un vrai savoir-faire, c'est à dire différent d'un tour de main attaché à une personne et qui peut donc être utilisé par d'autres facilement. Les exemples ne manquent pas, mais encore faut-il trouver un véritable savoir-faire. La jurisprudence sanctionne durement l'absence de savoir-faire.
- Il faut également une enseigne. C'est bien évident et plus cette enseigne sera connue, plus cette enseigne sera célèbre, plus la franchise aura des chances de fonctionner.

Il est vrai qu'aujourd'hui démarrer un contrat de franchise avec une enseigne comme McDonald's ou Afflelou met relativement à l'abri du risque.

- Ensuite, il va falloir une formation et une assistance technique, c'est-à-dire tout cet appui du franchiseur, tous ses contrôles, toutes ses connaissances qui vont permettre au franchisé de fonctionner.
- Enfin, En contrepartie de ces apports, il va falloir une rémunération qui correspondra soit pour partie à la marque, au savoir-faire, à l'assistance technique, soit qui sera globale. On trouve tous les systèmes dans la nature.

Ces éléments vont permettre la constitution d'une franchise et au-delà, d'un réseau. Mais, le fonctionnement de ce réseau va être délicat. Autant dans le succursalisme, il n'y a qu'un chef et donc les décisions sont plus faciles, autant dans la franchise, parce que c'est une aventure partagée, les choix sont plus compliqués et les risques plus évidents.

Je voudrais en montrer quelques-uns.

II. Les risques de la franchise

1) L'homogénéité

La première difficulté tient à l'homogénéité. L'objectif du contrat est bien de créer un réseau homogène, c'est-à-dire un réseau de magasins qui ressembleront les uns aux autres parce qu'il y aura une homogénéité dans

le choix des couleurs, dans le choix de l'enseigne, dans le choix de l'assortiment, dans le choix de l'habillement des personnes qui y travaillent et parce que son offre sera structurée, claire et précise et donc rassurante pour le consommateur. On veut que le consommateur puisse changer de magasin sans s'en apercevoir. Mais, cette homogénéité, si elle est absolument possible dans le succursalisme puisque tous les magasins appartiennent à une seule et même personne, ne l'est plus dans les réseaux d'indépendants parce que justement, celui qui va exploiter le fonds de commerce est un indépendant.

Cette homogénéité qui est la caractéristique cruciale d'un réseau va souffrir trois affaiblissements :

– Le premier affaiblissement est qu'il y a quand même deux personnes aux commandes, ce n'est pas tout à fait pareil ... le franchisé, bien qu'il soit tenu par son contrat, a son mot à dire et le franchisé va devoir le convaincre plutôt que de lui imposer ses vues.

– Le deuxième affaiblissement concerne le prix de vente.

Le franchisé, parce qu'il est une entreprise indépendante, est libre de ses prix de revente et cette liberté peut poser problème.

Le prix de vente est quelque chose d'essentiel pour le franchisé puisque cela va lui permettre d'abord de moduler sa marge mais également de faire jouer la concurrence avec les voisins. Il a donc cette liberté et cette liberté est essentielle.

D'un autre côté, on comprend que le franchiseur ait envie de trouver dans son réseau des prix qui soient proches les uns des autres. Il va pouvoir utiliser pour cela l'outil d'un prix maximum ou d'un prix conseillé. Mais, même si à travers la publicité, il peut afficher de tels prix, on sait bien que l'Autorité de la Concurrence, notamment dans l'affaire Royal Canin, a estimé que la présence d'un trop grand respect des prix conseillés pouvait signifier une entente...

On a donc là un véritable problème. Comment assurer une homogénéité dans les prix ? ...

On sait que les États-Unis, dans l'arrêt Leegin ont, à un moment donné, considéré qu'on pourrait imposer dans un réseau un prix de revente

homogène puisque la concurrence, selon ces experts, pourrait se faire de réseau à réseau, mais cette notion n'a pas encore été admise en France, loin s'en faut.

On sait également que les Autorités Communautaires, dans leurs dernières lignes directrices, ont envisagé que pour un moment donné, pour une promotion de courte durée, un réseau puisse utiliser un système de prix imposés, mais c'est en même temps extrêmement dangereux parce que n'oublions pas qu'aujourd'hui, ce qui empêche l'application du droit du travail systématiquement à la franchise, c'est bien cette liberté des prix du franchisé.

Si par accident ou par intérêt, on trouvait intelligent un moment donné d'uniformiser les prix, je ne vois pas très bien comment on pourrait résister à l'application du droit du travail et du droit de la sécurité sociale.

Il y a donc là un véritable frein à l'homogénéité.

– Le troisième affaiblissement de l'homogénéité concerne Internet

On sait que le franchisé peut tout à fait créer un site et vendre les produits qu'il détient dans son stock. Il peut, à travers des ventes passives, vendre à n'importe quelle personne dans le territoire, la seule limite concerne les ventes actives. Je ne vous ferai pas offense de vous expliquer ce dont il s'agit.

De son côté, le franchiseur peut également créer un site et il peut vendre sur la totalité du territoire qu'il exploite avec son réseau même s'il a, par ailleurs, accordé des exclusivités à des franchisés. On sait bien que ces opérations ne sont pas considérées comme une violation de l'exclusivité qu'il a accordée.

Mais, on comprend bien que ces droits donnés aux uns et aux autres dans un souci d'améliorer la concurrence n'arrangent pas forcément l'homogénéité requise d'un réseau.

En fait, on va se retrouver avec deux hypothèses :

- soit tout le monde part de son côté ... et l'homogénéité est affaiblie ;
- soit tout le monde s'entend. On arrive à faire un ensemble cohérent avec un portail au nom du franchiseur et les franchisés qui seront

présents. Mais là également, qui va vendre ? Est-ce que chacun va vendre et on aura une bataille des prix ou bien il va y avoir un seul vendeur ? engénéral le franchiseur et les franchisés qui se transformeront en logisticiens moyennant une part du profit généré.

On le voit, là aussi, la liberté affecte l'homogénéité et le fait de créer un réseau avec des partenariats chaque fois indépendants, va nuire à l'homogénéité qui est reconnue. Cela explique sans doute que certains grands réseaux, aujourd'hui, aient tendance à revenir sur du succursalisme parce qu'effectivement c'est un moyen de plus grande maîtrise.

2) Le partage :

Le deuxième risque, c'est celui lié au partage entre le franchiseur et le franchisé

Ce partage rend, comme tout partage, les choses un peu complexes. Il va se manifester dans tous les secteurs de la relation. Nous en retiendrons deux : le profit et la clientèle.

– Le profit :

Cette notion de partage va d'abord s'attacher **aux profits et aux pertes**. Il est bien clair que chacun des deux partenaires, franchiseur et franchisé, va essayer de tirer un profit de cette relation de franchise puisqu'il y a de part et d'autre des investissements et du travail. Il faut donc que la part profit/risque soit adaptée à l'effort réalisé par chacun.

Il est clair qu'une franchise dans laquelle le franchiseur prend le profit et le franchisé les pertes n'a pas beaucoup d'avenir. Et on l'a vu dans le passé, on a vu dans la jurisprudence, des franchises qui n'ont pas eu de suite ou n'ont pas eu d'avenir à raison de la gourmandise du franchiseur. Qu'il ait une rémunération par le biais des redevances pour la marque qu'il offre, pour le savoir-faire qu'il propose, pour l'évolution de ce savoir-faire, pour cette assistance technique, pour la gestion de la publicité, bien-sûr et il n'est pas dans notre propos de le nier. Mais, le franchisé aussi fait des investissements en argent et en travail et en plus en investissant son argent et son temps, il contribue à l'amélioration de la notoriété du franchiseur. Il a droit à un profit et un profit adapté à son

investissement et à son temps de travail. Il faut trouver un équilibre juste. Ce point me paraît essentiel et souvent oublié.

– La clientèle :

L'autre partage c'est celui de la clientèle. La Cour de cassation en 2003, dans une décision remarquable, l'arrêt Trevisan, a bien considéré que le franchisé parce qu'il investissait de l'argent et du temps, transformait une clientèle potentielle en une clientèle réelle et qu'il avait donc bien un droit sur cette clientèle locale. Mais, qu'est-ce que cela signifie ? Nous avons donc deux clientèles : une clientèle nationale potentielle et une clientèle locale. Qui a le droit d'écrire au client pour l'informer d'un nouveau produit ? Le franchisé ? le franchiseur ? les deux ? Heureusement, le droit de la gestion des données personnelles est indépendant de la notion de propriété...

En outre, à partir du moment où le franchisé a une clientèle locale, on comprend que la question de l'obligation de non concurrence puisse poser un problème. En effet, autant quand on considérait que la clientèle appartenait au franchiseur parce que l'enseigne lui appartenait, on pouvait admettre qu'il mette à la fin du contrat une clause de non concurrence interdisant au franchisé de continuer à démarcher la clientèle qui lui appartenait, autant si cette clientèle appartient maintenant au franchisé, c'est un peu plus délicat.

On a mesuré d'ailleurs cette réflexion à travers deux décisions :

– La décision SFR de 2007 qui a considéré que le franchisé pouvait obtenir une indemnisation du fait de la fin du contrat et de la présence d'une clause de non-concurrence.

– On l'a vu plus récemment avec une autre décision de 2012 qui a considéré que l'enrichissement sans cause n'était pas un bon moyen pour indemniser le franchisé pour le préjudice subi à raison de la fin du contrat et de la présence d'une clause de non-concurrence.

3) La fragilité du contrat

Le troisième risque vise la fragilité du contrat. Un contrat est par essence fragile. Il y a mille et une manières de l'annuler. On évoquera une inexécution de l'un ou une inexécution de l'autre. On utilisera la loi

Doubin comme on utilisait autrefois l'indétermination du prix. Mais ce qu'il faut voir, c'est que le jour où vous avez en tant que franchiseur un réseau avec 50, 100, 200 franchisés, la décision d'une Cour d'appel qui va dire que votre contrat est nul est extrêmement dangereuse puisqu'elle ruine tout votre investissement et tout le réseau. Certes, les Cours d'appel sont prudentes, certes, la nullité liée au non-respect de la loi Doubin avec un est en général, limitée à celui-là et n'est pas un cas général. Néanmoins, le contrat est un élément de fragilité.

A titre d'exemple, il y a quelques années, un grand fonds a racheté un réseau de franchises et pour être certain de la solidité de la construction, ils ont demandé qu'il y ait deux Cours d'Appel qui statuent sur le contrat en le considérant comme licite. Une fois ces deux décisions rendues, ils ont considéré qu'effectivement, la construction était solide, qu'un franchisé ne pourrait pas (sauf exception qui serait limité à lui) demander la nullité du contrat et entraîner par là, la ruine du concept.

4) Relation humaine :

Cette relation a plusieurs aspects :

– C'est parfois l'incompétence du franchisé. C'est quelque chose qu'il faut admettre.

C'est la loi du nombre, c'est la statistique. Tous les franchisés ne peuvent pas être de bonne qualité. Il est clair qu'à partir du moment où une grande partie des franchisés viennent des plans sociaux dans lesquels ils ont reçu un pécule et qu'ils vont investir dans la franchise, on ne peut pas supposer que tous vont avoir le sens du commerce et l'habileté qui est nécessaire pour gérer un point de vente. Il est donc normal qu'il y ait un pourcentage de franchisés qui ne soit pas suffisamment compétent. Certains arrivent à se maintenir, d'autres non. Cela donne lieu à des ruptures de contrat de franchise, cela donne lieu à des non renouvellements, cela donne lieu à des contentieux et souvent ce sont des contentieux pénibles parce que le franchisé perd beaucoup de tout ce qu'il a amené, mais c'est effectivement le risque. Il est assez difficile, sauf à admettre qu'il y ait un stage de préparation très long, de vérifier, de valider ce point.

– Le deuxième aspect, c'est le risque de supériorité de certains franchisés. Dès que l'on crée un réseau, les premiers franchisés ont une tendance

assez forte à se considérer comme les fondateurs et ils ont souvent du mal, ensuite, à entrer dans le rang et à considérer qu'ils sont des franchisés comme les autres. Souvent, il y a des litiges à ce sujet parce qu'ils vont considérer que le contrat est devenu injuste à leur égard et qu'on ne prend pas en compte leur apport dans le savoir-faire, etc.

Certes, on peut considérer que le franchisé est un entrepreneur qui prend également ses risques, qui investit certes dans la recette d'un autre, mais il conserve sa faculté d'apprécier si la recette est bonne ou ne l'est pas et sa capacité à voir s'il pourra assurer l'exécution convenable du contrat ou non.

Mais, on peut aussi considérer que le franchisé est un candidat à l'entrepreneuriat qui n'a pas tous les moyens au départ pour juger ... et la loi Doubin justifie cette analyse.

– Le troisième aspect concerne la pression du groupe. A partir du moment où il y a un réseau de franchise où vous avez 50, 100, 200 personnes qui sont liées simplement à un contrat, il y a le problème de la négociation qui va se poser.

Je disais pression du groupe parce qu'il n'est pas rare de voir que les franchisés vont se regrouper, ce qui n'est pas en soi une mauvaise chose, ils vont se regrouper en amicale, en association et vont essayer de renégocier le contrat ou de revoir tel ou tel point et c'est un aspect difficile, parce que si le franchiseur n'a pas l'habileté, l'intelligence de travailler de manière suffisamment proche avec ses franchisés, il prend le risque d'avoir des groupes de pression et des oppositions.

La réponse, on la connaît tous : c'est de ne pas rester dans des réseaux purement franchisés, mais de créer des réseaux mixtes. Les constructeurs automobiles l'ont compris il y a très longtemps. Ils ont des succursales dans les grandes villes et des concessions dans les plus petites et les concessionnaires du coup sont tenus et par la politique tarifaire et par l'image, que dégagent les succursales et perdent de ce fait, un moyen de coalition.

Conclusion :

Voilà mes réflexions sur les fonctions du contrat de franchise.

J'espère vous avoir un peu éclairés même si, en faisant ce descriptif, je suis certain qu'un grand nombre d'entre vous connaissait déjà tout ça par cœur. J'en suis désolé pour eux, mais il faudra s'en plaindre au Professeur Mainguy qui tenait à ce que je redise tout cela parce que quand il était petit, il y a bien longtemps, je l'avais dit un jour dans un cours et cela lui avait bien plu...

Les alternatives à la franchise : la commission-affiliation va-t-elle remplacer le contrat de franchise ?

Nicolas Ferrier

Agrégé des Facultés

Professeur à l'Université de Montpellier

Directeur du Master II droit de la distribution et des contrats d'affaires

Pour comprendre l'enjeu de la question et tenter d'y répondre, il faut d'abord rappeler ce qu'est la commission affiliation et les conditions de son émergence dans la pratique des affaires.

La commission-affiliation est le contrat par lequel un distributeur est chargé de commercialiser des produits, en son nom mais pour le compte d'un fournisseur (c'est l'aspect « commission ») et sous l'enseigne de celui-ci (c'est l'aspect « affiliation »).

Cette formule contractuelle a été imaginée par la pratique au début des années 1990 en vue d'échapper au contrat de franchise et plus précisément à certaines de ses contraintes tenant notamment à l'interdiction de l'imposition des prix de revente.

On comprend alors le lien « ontologique » existant entre la commission-affiliation et la franchise : l'un a été créé en réaction et en guise d'alternative à l'autre.

La commission-affiliation présente ainsi fondamentalement un lien de proximité avec la franchise, une alternative supposant une forme d'équivalence entre ses différentes branches. De fait, les deux opérations présentent des similitudes : un distributeur indépendant (franchisé ou commissionnaire-affilié) commercialise sous l'enseigne, voire en application du savoir-faire d'un fournisseur (franchiseur ou commettant)

et dans le respect de normes déterminées par celui-ci, des produits (généralement ceux du titulaire de l'enseigne).

Pour autant, la commission-affiliation se distingue de la franchise puisqu'elle n'en est précisément qu'une alternative. De fait, la commission-affiliation est une forme de représentation qualifiée d'imparfaite¹. En qualité de représentant, le commissionnaire-affilié, ne revend pas les produits comme le franchisé, mais les vend pour le compte du fournisseur, ce qui permet notamment au fournisseur d'imposer au distributeur les prix de vente (et non de revente) des produits dont il conserve la propriété et de soulager le distributeur du financement et de la gestion des stocks.

Ces observations suffisent à percevoir la proximité de la commission-affiliation et de la franchise mais également l'intérêt de recourir à la première plutôt qu'à la seconde. Faut-il en déduire que la commission-affiliation a vocation à remplacer la franchise ? La conclusion serait évidemment hâtive. Il suffit d'emblée d'observer la réalité pour voir qu'il n'en est rien, puisque le développement de la franchise n'a pas été affecté par l'apparition de la commission-affiliation. Par-delà ce constat, la confrontation de ces deux modes de distribution soulève une double interrogation quant à l'alternative ainsi proposée :

- Sur le principe de l'alternative, on peut se demander si la commission-affiliation en est réellement une. L'interrogation se justifie d'abord au regard de l'affirmation selon laquelle la commission-affiliation peut se cumuler avec la franchise² (certains contrats visant expressément une « franchise en commission-affiliation »³). Elle se justifie ensuite au regard de la notion même de commission-affiliation discutée dans son principe.

- Sur l'intérêt de l'alternative, on peut se demander si les contraintes juridiques attachées à la commission-affiliation ne sont pas supérieures à celles résultant de la franchise, ruinant incidemment l'intérêt de la formule.

¹ Afin de la distinguer du mandat, forme de représentation parfaite par laquelle le mandataire agit non seulement pour le compte mais également au nom du mandant.

² Ph. Le Tourneau, Les contrats de franchisage, 2^e éd. Lexisnexis, 2007, n° 113

³ Paris, 4 mars 2014, n° 13/10712.

Présenter la commission-affiliation comme une alternative à la franchise et s'interroger sur sa capacité à la supplanter conduit ainsi à s'interroger sur l'existence de l'alternative (I.) et sur son intérêt (II.).

I. L'existence de l'alternative

D'une manière générale, une alternative suppose un choix entre deux formules qui ne sont pas parfaitement identiques. L'alternative entre franchise et commission-affiliation conduit donc à apprécier la singularité de la commission-affiliation par rapport à la franchise et, au-delà, la réalité de la commission-affiliation.

A. La singularité de la commission-affiliation

1°. Convergences

La commission-affiliation et la franchise sont présentées comme très proches⁴, ce qui se comprend au regard de leurs nombreux points de convergence.

a) Certains caractères de la franchise se retrouvent toujours dans la commission-affiliation

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié est un commerçant juridiquement indépendant. Il commercialise les produits en son propre nom et en dehors de toute subordination juridique. Il a donc la qualité d'entrepreneur, dirige sa propre entreprise, embauche des salariés dont il est seul l'employeur. Il a seul également la qualité juridique de vendeur à l'égard de ses clients, lesquels ne sont pas juridiquement liés au commettant. Il est un intermédiaire opaque, conséquence directe de sa qualité de commissionnaire.

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié exerce son activité sous l'enseigne du fournisseur.

⁴ D. Maingy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de la "commission-affiliation" », in Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 761 ; G. Amédée-Manesme, La politique des prix et la commission-affiliation, un juste équilibre à trouver, Dalloz Affaires 1999, p. 1160.

b) D'autres caractères de la franchise se retrouvent souvent, mais pas nécessairement, dans la commission-affiliation

Comme certains franchisés, le commissionnaire-affilié supporte le plus souvent un engagement d'exclusivité d'activité au profit du fournisseur.

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié bénéficie parfois de la mise à disposition d'un savoir-faire, voire d'une assistance, ce qui renforce, lorsque l'hypothèse se vérifie, la proximité de la commission-affiliation et de la franchise.

2°. *Divergences*

Bien que les opérations présentent une proximité, plus ou moins forte, des divergences essentielles les séparent, éclairant d'ailleurs l'intérêt du choix de l'une ou l'autre formule et soulignant la singularité de commission-affiliation.

a) Ces divergences tiennent d'abord, on vient de souligner, à la place occupée par le savoir-faire dans la commission-affiliation et dans la franchise : alors qu'elle est essentielle dans la seconde, elle est seulement éventuelle dans la première. Il en ressort plus fondamentalement une divergence tenant à l'économie respective de chacune de ces opérations.

En effet, la commission-affiliation vise d'abord la commercialisation des produits du commettant, alors que la franchise vise d'abord la réitération d'une réussite commerciale par l'exploitation d'un savoir-faire. Autrement dit, la commission-affiliation est avant tout un contrat de spécialisation alors que la franchise est un contrat de réitération⁵ : le commettant, en sa qualité de fournisseur, se spécialise dans la sélection des produits et le commissionnaire-affilié dans leur distribution ; tandis que le franchiseur qui a réussi dans une activité de distributeur permet au franchisé de réitérer les éléments de cette réussite.

b) Ces divergences tiennent ensuite aux modalités d'intervention du distributeur. Le commissionnaire-affilié commercialise les produits pour le compte du fournisseur, alors que le franchisé agit pour son propre compte. Il s'agit là de la conséquence directe de la qualité de

⁵ Sur cette distinction, D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 7^e éd. Lexinexis, 2014, n° 542.

commissionnaire. La différence est fondamentale car elle explique dans une très large mesure le recours à la commission-affiliation⁶. Alors que le franchisé achète pour revendre, le commettant reste propriétaire des produits « en dépôt » chez le commissionnaire-affilié, lequel les vend généralement au prix fixé par le commettant.

La comparaison de la commission-affiliation et de la franchise révèle ainsi l'originalité de la première. Elle conduit toutefois à s'interroger sur la réalité de la formule.

B. La réalité de la commission-affiliation

Depuis son apparition, des voix s'élèvent pour contester la réalité de la commission-affiliation, qui relèverait selon certains de la figure impossible. Autrement dit, la commission-affiliation serait en permanence soumise à un risque de disqualification, emportant alors un risque de requalification.

1°. Le risque de disqualification

D'une manière générale, les discussions portent sur la qualité même de commerçant du commissionnaire-affilié⁷. L'interrogation peut paraître saugrenue, si l'on s'en tient au syllogisme le plus élémentaire : le commissionnaire est un commerçant, le commissionnaire-affilié est un commissionnaire, le commissionnaire-affilié est donc un commerçant. De fait, dans son application traditionnelle, le commissionnaire est un professionnel indépendant, qui exploite sa propre entreprise de commission, et dans le cadre de l'activité de laquelle il commercialise les produits de commettants.

Souvent, ce schéma ne correspond pas à la commission-affiliation telle qu'elle vient d'être présentée⁸. Elle s'en distingue par deux éléments : l'exclusivité d'enseigne et les prix imposés.

Certes, sur le plan théorique, ces deux éléments ne sont pas inhérents à la commission-affiliation : on pourrait imaginer un commissionnaire-affilié

⁶ V. supra.

⁷ La réfutant, V. not. J.-M. Leloup, in *La franchise : questions sensibles* : Rev. Lamy dr. aff. 7-8/2012, suppl, p. 16.

⁸Rappr. F. Auque, *La commission-affiliation*, AJDI 2001, p. 1059.

qui agirait pour plusieurs commettants et sous plusieurs enseignes, voire à des prix seulement conseillés au titre d'un simple mandat indicatif.

Mais la réalité est bien différente car en pratique le commissionnaire-affilié agit généralement sous une enseigne unique, ne distribuant que les produits du commettant et aux prix fixés par celui-ci. Dans ces conditions, retrouve-t-on encore ce qui caractérise le commerçant : l'action en son nom propre et de manière autonome⁹ ? La question est discutée.

- S'agissant de l'action en nom propre. L'analyse strictement juridique se concilierait mal avec l'analyse factuelle.

Sur le plan juridique, l'action au nom d'autrui signifie que l'identité du commettant n'a pas à être révélée et, surtout, que, selon l'intention des parties au contrat de commission-affiliation, le commissionnaire-affilié n'est pas habilité à créer un lien juridique direct entre le tiers contractant et le commettant. Dès lors, peu importe qu'en qualité d'affilié le commissionnaire agisse sous l'enseigne unique du commettant. Autrement dit, la transparence factuelle du commissionnaire-affilié ne remet pas en cause l'opacité juridique précisément voulue par les parties¹⁰ et exprimée par la notion d'action en nom personnel¹¹.

Sur le plan factuel, en revanche, l'action en nom personnel semble contredite par l'exclusivité d'enseigne¹². Mais l'argument ne prouve-t-il pas trop ? A le suivre, en effet, tous les distributeurs commercialisant les produits d'un seul fournisseur, sous l'enseigne exclusive de celui-ci agirait

⁹ J.-M. Leloup, *La franchise*, 3e éd. 2000, n° 842 et art. préc. ; D. Ferrier, *La commission-affiliation : Charybde ou Scylla* : D. 2008, p. 2907 ; N. Dissaux, *La commission-affiliation : un monstre juridique ?* : RTD com. 2011, p. 33.

¹⁰ A propos de la commission, en ce sens, Cass. com., 7 mai 1962 : *Bull. civ.* 1962, III, n° 240 ; Cass. com., 15 juill. 1963 : *Bull. civ.* 1963, III, n° 378. *Contra*, J. Huet et *alii*, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 3e éd. 2012, n° 31128 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil – Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5e éd. 2011, n° 538.

¹¹ Dans l'hypothèse où les parties ne se seraient pas expressément prononcées sur le point de savoir au nom de qui agit le distributeur, des éléments de la relation établissant la transparence factuelle pourraient contribuer à démontrer que les parties se sont entendues sur l'action du distributeur au nom du fournisseur.

¹² N. Dissaux, art. préc. Encore faut-il distinguer la révélation de la marque et celle de l'identité fournisseur. Si de fait, l'un peut revenir à l'autre ; en droit, la différence est réelle car en dépend la relation juridique avec le client.

au nom d'autrui, qu'ils soient par exemple franchisés¹³ ou locataire-gérant...

En réalité, si la transparence factuelle rend douteuse la qualité de commerçant, c'est qu'elle se combine avec une atteinte à l'autonomie du commissionnaire-affilié.

- S'agissant de l'action autonome, là encore elle existe sur le plan juridique puisque le commissionnaire-affilié n'est pas, par sa seule qualité, dans un état de subordination juridique. Et il faut distinguer ici, d'une part, l'imposition de normes de commercialisation qui vise déjà de nombreux commerçants et notamment des franchisés, mais également des concessionnaires, distributeurs sélectionnés et, d'autre part, l'imposition des conditions de travail.

Mais, ainsi qu'il a été observé : est-il encore commerçant celui qui n'est pas propriétaire de stocks et qui ne fixe pas les prix de vente¹⁴ ? La question se pose avec une acuité particulière lorsque le commissionnaire est placé dans une relation d'exclusivité puisque c'est alors toute son activité qui se trouve sous la maîtrise du commettant. On précisera toutefois que le doute sur la qualité de commerçant reconnue au commissionnaire-affilié résulte moins du fait qu'il n'est pas propriétaire des stocks que du fait qu'il ne maîtrise pas leur constitution, leur assortiment... En effet, par le jeu d'une clause de réserve de propriété, nombreux sont les distributeurs indépendants qui ne sont pas propriétaires des produits tant qu'ils ne les ont pas revendus, sans que leur qualité de commerçant ne soit contestable.

Au demeurant, cette observation souligne que le doute sur la qualité de commerçant du commissionnaire-affilié résulte d'un faisceau d'indices concordants, dont aucun ne se suffit à lui-seul. La menace de disqualification n'est donc qu'un risque et non une certitude. Plusieurs arrêts reconnaissent d'ailleurs au commissionnaire-affilié la qualité de commerçant¹⁵. Dans ces conditions, la réalité de la formule suppose que l'autonomie du commissionnaire-affilié soit suffisamment préservée.

¹³ Même si les franchisés ont l'obligation légale d'indiquer leur qualité de commerçant indépendant (C. com., art A 441-1).

¹⁴ D. Ferrier, art. préc ; N. Dissaux, art. préc ; M.-J. Loyer-Lermercier, Quel avenir pour la commission-affiliation, JCP E 2011, 1218.

¹⁵ V. par exemple Versailles, 9 juin 2011, n° 10/03622 ; Paris, 3 nov. 2011, n° 09/21634.

Reste à déterminer le seuil à partir duquel la qualité de commerçant devient douteuse, ce qui implique de tenir compte du degré de liberté dans la fixation des prix (mandat indicatif) et dans la constitution des stocks (quantité, assortiments...)¹⁶, ainsi que de l'existence d'un engagement exclusif.

La menace est encore plus grande en cas de cumul commission-affiliation et franchise. L'hypothèse peut sembler d'école puisque la commission-affiliation est présentée comme une alternative à la franchise permettant d'en écarter les contraintes¹⁷. Elle mérite pourtant d'être envisagée, quitte à la réfuter, car elle est évoquée par certains auteurs et rapportée par certains arrêts.

Si sur un plan théorique il ne paraît pas exister d'antinomie entre la qualité de franchisé et celle de commissionnaire-affilié, en pratique il en va tout autrement car l'autonomie du franchisé caractérisant la qualité de commerçant est discutable lorsque le franchiseur est un commettant pour le compte duquel le franchisé commercialise les produits en qualité de commissionnaire¹⁸.

2°. *Le risque de requalification*

La menace de disqualification conduit alors à s'interroger sur la qualification réelle du commissionnaire-affilié dont la qualité de commerçant est écartée.

L'absence d'autonomie du commissionnaire-affilié peut révéler un état de subordination juridique, emportant requalification en contrat de travail. On ne reviendra pas sur le critère du contrat de travail, si ce n'est pour rappeler que sa démonstration repose sur un faisceau d'indices qui soulève des difficultés récurrentes : la frontière est loin d'être nette entre la dépendance juridique commune à tout représentant et la subordination juridique propre aux salariés.

L'absence d'opacité juridique du commissionnaire-affilié peut exclure la qualité de commissionnaire au profit de celle de mandataire civil. On sait en effet que le second se distingue du premier du fait qu'il agit au nom

¹⁶ D. Mainguy et J.-L. Respaud, art. préc., p. 707

¹⁷ V. supra

¹⁸ D. et N. Ferrier, ouvr. préc., n° 707.

du représenté. Reste, là encore, à déterminer concrètement si l'affilié agit en son propre nom – il est alors un commissionnaire-affilié – ou au nom du fournisseur – il est alors mandataire, voire mandataire d'intérêt commun ou agent commercial –. La difficulté s'est notamment posée dans la célèbre affaire *Chattawak*¹⁹. On rappellera brièvement qu'en l'espèce, la question était de savoir si le distributeur sous enseigne *Chattawak* agissait en qualité d'agent commercial ou de commissionnaire-affilié. Le débat consistait à déterminer si le distributeur agissait en son nom ou au nom d'autrui... L'affaire est intéressante car elle montre comment des questions qui semblaient pourtant tranchées, ici la distinction entre commissionnaire et mandataire, se trouvent renouvelées ou revivifiées par la pratique : dans le cas d'espèce, que signifie agir en son nom ou au nom d'autrui²⁰ ?

L'ultime décision rendue dans cette affaire n'est pas d'un grand secours car la Cour de cassation se contente de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir recherché qui, du distributeur ou du fournisseur, avait juridiquement la qualité de vendeur... autrement dit, au nom de qui agissait le distributeur puisque, selon la jurisprudence, le vendeur est celui qui agit en son nom, même s'il agit pour le compte d'autrui²¹. Les parties ayant par la suite transigé, aucune réponse n'aura été apportée par les juges du fond dans cette affaire, alors que la notion d'action au nom d'autrui renvoie à deux conceptions, juridique et factuelle, qui peuvent entrer en contradiction²².

¹⁹Paris, 13 sept. 2006 : *D.* 2007, pan. 1914, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772 : *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 95, obs. N. Mathey ; *D.* 2008, p. 2193, obs. D. Ferrier ; *JCP E* 2008, n° 22, p. 19, obs. N. Dissaux ; *JCP E* 2008, II, 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; Paris, 9 avr. 2009 : *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 264, obs. N. Mathey ; *D.* 2009, 1942, note D. Ferrier ; *JCP E* 2009, 1842, note N. Dissaux ; Cass. com., 29 juin 2010 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 114 ; *D.* 2011, pan. 548, obs. D. Ferrier ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, n° 53, p. 33, obs. Ph. Grignon ; *JCP E* 2010, 1860, note F. Auque ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 223, note N. Mathey ; *JCP E* 2010, 1694, note N. Dissaux ; *JCP G* 2010, 876, note C. Grimaldi ; *D.* 2011, p. 549, obs. D. Ferrier.

²⁰ Jugeant insuffisants les mêmes indices que ceux relevés par les juges du fond dans l'affaire *Chattawak* (propriété des stock, tickets de caisse au nom du fournisseur, versements sur le compte du fournisseur), au motif notamment que le nom du distributeur figure sur la devanture du point de vente : Pau, 16 déc. 2010, n° 09/03594 : *JCP* 2010, E, 1246, note N. Dissaux. Adde. Paris, 5 déc. 2013, n° 11/15092 qui rejette également la qualification de mandat au profit de la commission-affiliation.

²¹Dijon, 6 décembre 2011, n° 10/01115.

²²V. supra.

Au demeurant, pour s'en tenir à la distinction entre commissionnaire-affilié et agent commercial, ne pourrait-on pas plutôt distinguer selon la nature même de l'activité exercée ? Traditionnellement, l'agent commercial prospecte, cherche et se déplace en quête du client. Ne devrait-on pas y voir un critère de l'agence commerciale²³ ? Si tel était le cas, le distributeur qui ne quitte pas son point de vente, qui attend le client sans parfois entreprendre la moindre sollicitation ne pourrait pas être requalifié d'agent commercial. En appliquant ce critère à l'affaire *Chattawak*, la qualité d'agent commercial aurait du alors être rejetée, quitte à retenir celle de mandataire d'intérêt commun. Force est toutefois de reconnaître qu'en droit positif, l'activité de prospection n'est pas déterminante de la qualification d'agent commercial²⁴.

A ce stade de l'analyse, il ressort que la commission-affiliation est parfois, mais pas toujours, une alternative réelle à la franchise. Pour savoir si elle a effectivement vocation à remplacer la franchise, reste alors à apprécier l'opportunité de la formule, c'est-à-dire l'intérêt de l'alternative.

II. L'intérêt de l'alternative

La commission-affiliation a été conçue comme une alternative à la franchise pour échapper aux contraintes de cette dernière. Cette stratégie d'évitement est rendue possible en raison de l'économie propre de chacun de ces contrats, l'une tenant à la répétition d'une réussite par la mise un œuvre d'un savoir-faire, l'autre tenant à une activité de représentation.

Cette distinction dans l'économie des deux contrats conduit à se demander si la commission-affiliation ne présenterait pas ses propres contraintes, réduisant ainsi l'intérêt de la formule.

En d'autres termes, si l'intérêt de l'alternative est avéré par certains côtés, il peut également apparaître incertain par d'autres côtés.

²³Rapp. Ph. Grignon, note sous Cass. com., 29 juin 2010 : Rev. Lamy dr. aff. 2010, p. 33.

²⁴ A la différence du VRP : D. et N. Ferrier, ouvr. préc., n° 94.

A. Un intérêt avéré

L'intérêt de la commission-affiliation est d'échapper à des contraintes de la franchise, qui relèvent du droit de la concurrence ou du droit des contrats.

1°. L'éviction de contraintes liées au droit de la concurrence

En droit de la concurrence, l'intérêt le plus immédiat de la commission-affiliation, qui explique d'ailleurs en grande partie son succès, est de permettre au fournisseur d'imposer au distributeur les prix de commercialisation.

En effet, en droit des pratiques restrictives de concurrence, cette imposition des prix ne relève pas de l'interdiction posée à l'art. L. 442-5 C. com. Le raisonnement est connu : seuls les prix de reventes sont visés par ce texte, or le commissionnaire-affilié, à la différence du franchisé, ne revend pas mais vend directement les produits du fournisseur.

En droit des pratiques anticoncurrentielles la commission-affiliation échappe en principe aux ententes prohibées par les articles L. 420-1 C. com. et 101 § 1 T. FUE, et notamment celles portant sur les prix. En effet, une telle entente suppose un accord entre deux entreprises dotées d'une autonomie décisionnelle suffisante, ce qui n'est pas le cas lorsque l'accord se réalise entre un agent et celui qu'il représente.

L'agent au sens des lignes directrices accompagnant le règlement 330-2010 est une « personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant... »²⁵. Le commissionnaire-affilié est donc bien un agent au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles, de sorte que les obligations imposées par le commettant ne relèvent pas du droit des ententes.

A cet égard, les lignes directrices ajoutent « Dans le cas des contrats d'agence (...), la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant » et ajoute que « aucune des

²⁵Comm. UE, *Lignes directrices* du 19 mai 2010, point 12.

obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1.» (point 18). Sont ainsi préservées les obligations qui limitent le territoire ou la clientèle à laquelle l'agent peut s'adresser ou qui limitent sa liberté de fixer les prix et conditions de commercialisation²⁶.

Au regard des *conditions juridiques* d'intervention du commissionnaire-affilié, l'entente semble donc une hypothèse d'école. Les lignes directrices réservent toutefois l'hypothèse dans laquelle l'agent prend en charge un risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles il a été désigné. Ainsi, n'est pas un agent au sens des lignes directrices celui qui supporte les risques liés aux contrats conclus pour le compte du mandant, ou liés aux investissements propre au marché en cause ou encore liés aux activités menées sur ce marché, sauf si les coûts et frais engagés pour ces activités lui sont intégralement remboursés (point 16).

Pour éviter l'application du droit des ententes, le commettant prendra donc soin d'éviter tout transfert de risques vers le commissionnaire-affilié²⁷. L'Autorité de la concurrence, dans l'affaire «Mango», a notamment considéré « *Aux fins de l'application du droit de la concurrence, il est établi que les distributeurs partenaires [du fournisseur] n'ont pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, [le fournisseur] et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent [au droit des ententes]* »²⁸. La décision mérite attention car elle conforte l'appréciation pas seulement qualitative mais aussi quantitative du transfert de risque envisagée dans les lignes

²⁶ Cette solution peut s'expliquer par la représentation qui caractérise l'agence et, plus spécialement, par la prise en charge des risques commerciaux par le mandant. Et l'on comprend que la solution soit différente dans la franchise, encore que l'on aurait pu considérer que l'économie propre de la franchise (la réitération d'une réussite par la mise en œuvre d'un savoir-faire) autorise les mêmes pratiques dès lors qu'elles se justifient par le savoir-faire, mais l'argument n'a pas convaincu des autorités de la concurrence.

²⁷ Sous réserve toutefois d'une collusion entre plusieurs commettants qui recourent au même agent, et profitent ainsi la situation pour s'entendre ou empêchent d'autres commettants de faire appel à l'agent (Lignes directrices, pt. 20).

²⁸ ADLC n°09-D-23 du 30 juin 2009

directrices²⁹. Elle se fonde en effet sur l'absence de risque économique *sensible* assumé par les distributeurs. La difficulté sera alors de déterminer concrètement le seuil à partir duquel la prise en charge par le commissionnaire-affilié de risques commerciaux ou financiers est telle qu'elle caractérise une entreprise autonome.

Au demeurant, pour que le droit des pratiques anticoncurrentielles s'applique, encore faut-il que les parts de marchés des parties au contrat de commission-affiliation soient suffisamment importantes. De sorte que, là encore, l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles semble une hypothèse d'école. Il faut toutefois s'assurer de l'absence d'un éventuel effet cumulatif, dans le cas où – sur un segment de marché donné – plusieurs promoteurs de réseau recourraient parallèlement à la commission-affiliation³⁰.

2°. *L'éviction de contraintes liées au droit des contrats*

Alors même que le contrat de commission-affiliation emporterait la mise à disposition d'un savoir-faire, ce qui n'est pas nécessairement le cas, il n'a pas pour objet, à la différence du contrat de franchise, la réitération d'une réussite commerciale. En conséquence, les obligations qui, dans la franchise, traduisent de manière spécifique cette économie propre au contrat, sont étrangères à la commission-affiliation.

Certes, lorsque la commission-affiliation met en œuvre le savoir-faire du commettant, celui-ci a évidemment l'obligation de le communiquer au commissionnaire-affilié.

En revanche, sauf stipulation contraire, le commettant n'est pas tenu de mettre à jour le savoir-faire ou d'en assurer la maintenance pendant l'exécution du contrat. De même il n'est pas tenu d'être attentif aux éventuelles difficultés commerciales du commissionnaire-affilié dans la mise en œuvre du savoir-faire. Et s'il a connaissance de telles difficultés, il n'a pas l'obligation de l'assister dans sa démarche comme doit le faire un franchiseur, à moins que ces difficultés ne lui soient imputables³¹ (et l'on retrouve ici la logique des arrêts Huard et Chevassus-marche).

²⁹point 15.

³⁰ Communication de *minimis*, 2014/C 291/01, JO UE 30 août 2014, point 10.

³¹Rappr. Com., 3 novembre 1992 (Huard) : *Bull. civ.*, IV, n° 338 ; Com., 24 novembre 1998 (Chevassus-Marche) : *Bull. civ.*, IV, n° 277.

En résumé, parce qu'elle n'a pas pour cause la répétition d'une réussite commerciale, la commission-affiliation emporte au mieux une communication de savoir-faire et non une maintenance du savoir-faire.

Pour la même raison, le commettant, à la différence du franchiseur, n'a pas à assurer ni à s'assurer de la notoriété des signes distinctifs qu'il met à disposition du commissionnaire-affilié. L'exigence de notoriété étant étroitement liée à la notion de réussite commerciale.

Enfin, la préconisation par certains auteurs que l'erreur sur la rentabilité soit, en matière de franchise, toujours analysée comme une erreur sur la substance justifiant la nullité pour vice du consentement révélerait, si l'analyse devait prospérer³², un intérêt supplémentaire de recourir à la commission-affiliation. En effet, cette préconisation se justifierait du fait que pour la franchise, les perspectives de rentabilité « participent de sa nature, de sa substance »³³. Or, dans la mesure où la commission-affiliation n'a pas pour cause la répétition d'une réussite commerciale, les perspectives de rentabilité n'entrent pas dans le champ contractuel, sauf clause contraire. Le défaut de rentabilité du commissionnaire-affilié ne saurait donc en-soi caractériser une erreur sur la substance.

L'intérêt de la commission-affiliation est ainsi avéré. Pour autant, on peut se demander si à d'autres égards, l'intérêt n'est pas incertain, du fait que certaines contraintes qui affectent le contrat de franchise se retrouvent à l'identique dans la commission-affiliation, voire y sont aggravées.

B. Un intérêt incertain ?

On évoquera rapidement l'application de l'article L. 330-3 C. com. car la contrainte est identique quel que soit le contrat en cause.

Ce texte met à la charge du fournisseur une obligation d'information précontractuelle au profit du distributeur dont il obtient un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et au profit duquel il met à disposition ses signes distinctifs. Si, en pratique, le dispositif concerne principalement la franchise, il a un domaine beaucoup plus large et peut

³² Ce qui ne paraît pas souhaitable car allant bien au-delà de l'économie de la franchise fondée sur la seule espérance de rentabilité et non son obtention.

³³ N. Dissaux, note sous Cass com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : *D.* 2011, p. 3052.

viser la commission-affiliation dès lors que les deux conditions (exclusivité et mise à disposition) se vérifient, ce qui est généralement le cas³⁴.

Notamment, on rappellera que la jurisprudence affirme de manière catégorique, et à juste titre, que le franchiseur n'est pas tenu de remettre au prévisionnel. Dès lors, il n'y a pas lieu de distinguer ici selon l'économie respective du contrat de franchise et de commission-affiliation pour en déduire que le premier imposerait la remise d'un prévisionnel parce qu'il serait un contrat de réitération d'une réussite commerciale³⁵, alors que le second n'imposerait pas la remise d'un prévisionnel parce qu'il serait un simple contrat de spécialisation.

L'économie propre des deux formules conduit toutefois à s'interroger sur une application plus accueillante du statut de « gérant de succursale » et une appréciation plus sévère des clauses de non-concurrence.

1°. L'hypothèse d'une application plus accueillante du statut de « gérant de succursale »

Le Code du travail accorde à certains distributeurs juridiquement indépendants le bénéfice du droit social dès lors qu'ils remplissent plusieurs conditions révélant une forme de dépendance économique. L'article L. 7321-1, 2° a) C. trav. fixe ainsi le statut de « gérants de succursales », selon une appellation abusive, dont tout distributeur relève lorsqu'il remplit les 3 critères suivants :

- Un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'approvisionnement ;
- Un local fournit ou agréé par le fournisseur ;
- Des conditions et prix imposés ;

³⁴ Par exemple : Dijon, 22 mai 2007, n° 06/01277.

³⁵ Comp. N. Dissaux et S. Meresse, in *La franchise : questions sensibles* : Rev. Lamy dr. aff. suppl. 7-8/2012, pour qui la lettre du texte – qui vise les perspectives de développement du marché et la présentation de l'état général et local du marché –, et l'esprit de la franchise – en l'occurrence sa cause tenant à la réitération d'une réussite commerciale – imposerait au franchiseur la remise d'un compte prévisionnel au franchisé. Mais cette analyse nous paraît douteuse car elle conduit à un traitement distinct selon l'économie du contrat en cause, alors que ce dispositif légal d'information précontractuelle n'est pas réservé aux seuls contrats de franchise et n'a d'ailleurs même pas été initialement conçu pour lui (*ubi non distinguit...*).

Ce dispositif fait aujourd'hui peser sur les contrats de franchise une forte contrainte. De fait, le franchisé exerce toujours l'activité à partir d'un local fourni ou agréé, est souvent tenu de s'approvisionner de manière exclusive auprès du franchiseur et se voit toujours imposer certaines normes, au moins celles que commande la réitération de la réussite. Reste la question des prix imposés, en principe impossible car interdite dans la franchise du moins lorsque le franchisé achète pour revendre. Mais le juge social se montre plutôt accueillant pour considérer que des prix en apparence conseillés sont en réalité imposés au sens de ce dispositif.

Si le risque d'application du droit social à un non-salarié est élevé dans la franchise, il l'est sans doute encore plus dans la commission-affiliation et, ce, au regard du 3^{ème} critère d'application du statut.

- S'agissant d'abord des prix imposés, il suffit de rappeler que, le plus souvent, le recours à la commission-affiliation s'explique par la volonté du fournisseur de contrôler les prix de commercialisation.

- S'agissant des conditions imposées, l'exigence suscite d'une manière générale de nombreuses difficultés qui tiennent pour l'essentiel en deux questions : quelles conditions (commercialisation et/ou travail) et quel degré d'imposition. Or, il semble que les juges apprécient la notion de condition imposée de manière relative, en tenant compte de la nature du contrat en cause. S'agissant, par exemple, d'un contrat de franchise, il n'est pas rare, en effet, que le statut soit écarté au motif que, dans le contrat en cause, les conditions n'étaient pas imposées au sens du texte car elles correspondaient à la mise en œuvre convenue des normes issues du savoir-faire du franchiseur.

Si cette interprétation de la jurisprudence est exacte, on pourrait admettre que l'imposition des conditions ne s'apprécie pas de la même manière dans la franchise et la commission-affiliation mais devrait tenir compte de leur économie propre. Ainsi, d'un côté, les normes seraient imposées dans la franchise lorsqu'elles dépassent ce que la transmission de savoir-faire conduit habituellement à réitérer ; d'un autre côté, elles seraient imposées dans la commission-affiliation, lorsqu'elles dépassent ce que justifie la prise de risque par le commettant.

Si cette analyse devait prospérer, resterait à se demander si la notion de conditions imposées serait accueillie plus largement dans la commission-

affiliation. La réponse est délicate. D'un côté, la franchise vise la répétition d'une réussite commerciale, ce qui peut justifier un encadrement étroit des modalités de commercialisation ; d'un autre côté, la commission-affiliation fait en principe peser le risque commercial sur le commettant. Certes, cela peut également justifier l'encadrement étroit de certaines normes. Pour autant, cela ne semble pas justifier l'imposition de toutes les normes commerciales, ni des normes de travail...

2°. L'hypothèse d'une appréciation plus sévère des clauses de non-concurrence

D'une manière générale, la validité d'une clause de non-concurrence est conditionnée notamment à la protection des intérêts légitimes du créancier, tant en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit commun.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, elle ne bénéficie d'une exemption au titre du règlement d'exemption que si elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire (règl. 330-2010, art. 5, 3). On comprend alors que la clause de non-concurrence est plus gravement menacée lorsqu'elle est stipulée dans un contrat de commission-affiliation qui n'emporterait pas mise à disposition d'un savoir-faire, que dans un contrat de franchise qui emporte nécessairement une telle mise à disposition³⁶. Là encore, c'est l'économie de chacun de ces contrats qui explique la solution.

Cette solution tirée du droit des pratiques anticoncurrentielles a vocation à s'appliquer en l'absence d'atteinte à la concurrence sur le marché car le règlement d'exemption sert souvent de guide au juge ou au praticien pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence en dehors de son domaine d'application.

Au demeurant, en droit commun, la licéité de la clause peut encore être justifiée par d'autres considérations, qu'il faut alors apprécier dans le cadre de la franchise et de la commission-affiliation.

La clause de non-concurrence peut permettre d'éviter un détournement de clientèle. Mais, comme le franchisé, le commissionnaire-affilié est un

³⁶ Encore que les juges tiennent compte de la teneur du savoir-faire pour apprécier la validité de la clause (par ex. Paris, 11 sept. 2013, n° 11/14380 et Paris, 6 mars 2013, n° 09/16817)

commerçant, titulaire à ce titre d'une clientèle. Dès lors, comment justifier sur ce fondement la clause de non-concurrence³⁷ ? On retrouve dans la commission-affiliation la discussion récurrente en matière de franchise, qui se ramène à la question suivante : dès lors que la clause de non-concurrence empêche le franchisé d'exploiter sa clientèle et peut lui faire perdre son fonds de commerce, ne devrait-elle pas donner lieu à une contrepartie financière ? La jurisprudence apporte à cette question une réponse négative³⁸.

Par ailleurs, dans la franchise, la clause de non-concurrence peut répondre au souci de protéger "l'identité commune ou la réputation du réseau"³⁹. L'effet de réseau se retrouve dans la commission-affiliation, de sorte que, de prime abord, la clause de non-concurrence pourrait également trouver ici la même justification. Cependant, l'identité commune ou la réputation du réseau n'ont pas la même portée dans la franchise et la commission-affiliation, en raison de leur économie respective.

La réitération de la réussite commerciale qui caractérise la franchise repose sur la notoriété de l'enseigne, laquelle commande de préserver la réputation du réseau et donc son image et son identité⁴⁰. L'effet de synergie au sein du réseau est déterminant et justifie donc pleinement la clause de non-concurrence. Certes, l'affiliation du commissionnaire repose également sur une enseigne commune et impose à ce titre de respecter l'image du réseau. Pour autant, s'agissant d'un contrat de spécialisation l'effet de réseau est moindre. En effet, l'enjeu est moins la notoriété de l'image du réseau que la pertinence de l'activité de chacun de ses membres⁴¹. De sorte que la protection de l'identité commune ou la réputation du réseau par la clause de non-concurrence se justifie moins⁴².

³⁷Rappr. en matière de franchise : Ch.- E. Bucher, Clause de non concurrence, J-Cl. Contrats distribution, fasc. 122, n° 56 « La protection de la clientèle n'est plus un intérêt légitime susceptible d'être invoqué par le franchiseur depuis que la jurisprudence a reconnu que cette clientèle appartenait au franchisé à propos du statut des baux commerciaux ».

³⁸V. not. Cass. com., 23 oct. 2012 (2 arrêts) : Bull. IV, n° 192 et 193.

³⁹Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-15560 : JCP E 2000, p. 1429, note L. Leveneur.

⁴⁰Ce qui d'ailleurs justifie l'imposition de normes au franchisé (V. supra).

⁴¹Même si l'un se nourrit évidemment de l'autre. Mais si l'incompétence du commissionnaire-affilié peut rejaillir sur l'image de l'ensemble du réseau, c'est seulement de manière indirecte, voire marginale.

⁴²On peut d'ailleurs considérer que la défaillance du commissionnaire-affilié nuit moins aux autres membres du réseau que la défaillance du franchisé.

Au demeurant, si l'effet de réseau devait être le même, on pourrait s'interroger sur la réalité de la commission-affiliation.

Cette dernière observation souligne, en guise de conclusion, que si la franchise connaît une crise de maturité, la commission-affiliation connaît une crise d'identité, qu'il s'agisse de s'interroger sur sa réalité ou de trouver le point d'équilibre entre un excès d'indépendance emportant notamment application du droit de la concurrence et un excès de dépendance emportant notamment application du droit social.

Le gérant de succursale : à propos d'un exercice juridique de co-qualification

Jean.-François Cesaro
Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon Sorbonne)

1. Les gérants de succursales semblent relégués dans les combles du droit social, dans cette la septième partie du Code du travail où sont prévues les « dispositions particulières à certaines professions et activités ».

Il serait excessif d'affirmer que leur situation n'a pas intéressé la doctrine, car on compte quelques thèses qui leur furent consacrées. La fréquence de ces dernières n'est cependant pas considérable, une en 1934, une autre en 1951 et la dernière de 1984...

On compte aussi quelques articles, qui ne se bousculent pas, mais dont certains sont remarquables comme celui regretté du professeur Mousseron.

Le texte reste largement méconnu et son interprétation difficile.

2. La paternité de cette disposition est généralement attribuée au régime de Vichy, car elle résulte d'une loi votée le 21 mars 1941... Cette loi dispose cependant de racines plus anciennes. Elle est l'aboutissement d'un processus qui a commencé au début du 20^e siècle pour mettre fin à une controverse essentielle du droit social.

Les gérants ont commencé à apparaître dans les prétoires au sujet du temps de travail. Aucune disposition spécifique ne les visait. Il s'agissait de savoir s'ils devaient être assimilés à des ouvriers ou à des employés.

L'enjeu du premier arrêt était considérable. En effet une société avait été

condamnée à deux amendes de deux francs pour n'avoir pas respecté la législation de 1906 sur le repos hebdomadaire à l'égard de deux gérants de succursales.

Le 7 juin 1907, la chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt société des Docks Rémois) casse cette condamnation en affirmant que « si ces gérants sont soumis à certaines règles dans leur gestion et au contrôle de la société, il n'en sont pas moins l'administration et la direction effective de la succursale ; que dans ces conditions, on ne saurait les considérer comme rentrant dans la catégorie des ouvriers ou employés [...] »¹.

Ces solutions seront maintenues à l'égard de tous les gérants disposant d'une liberté dans la gestion économique de leur succursale² et ne se trouvant pas dans un état de subordination juridique.

Dans ces litiges des qualifications alternatives au contrat de travail sont parfois proposées de manière métaphorique par certaines juridictions du fond qui évoquent des « petits patrons » (trib. Corr. Poitiers, 26 déc. 1921) ou un « demi-patron » (Colmar, 5 juill. 1927)³.

La question des gérants de succursales sera cependant à l'origine d'un des plus grands arrêts du droit du travail : l'arrêt Bardou. La chambre civile y a décidé, le 6 juillet 1931 que le véritable critère du contrat de travail était la subordination juridique et non la subordination économique... Pour cette raison, il figure à juste titre en premier dans le recueil des grands arrêts du droit du travail. Or le sieur Bardou dirigeait à Toulouse une succursale de « la société anonyme d'alimentation, *l'Épargne* ».

Ce n'est donc pas par hasard si, en 1935, un texte est présenté au nom du président Lebrun par Pierre Laval alors président du Conseil pour régir la situation de cette « catégorie particulière de travailleurs »... Il s'agissait de faire une place pour le critère de la dépendance économique.

Paul Ramadier, alors ministre du Travail expliquait ainsi à la chambre des

1 S. 1907, 1, p. 524 – V. P. Jacquet, La succursale et le gérant des maisons d'alimentation, thèse Lyon, 1934, p. 163.

2 J. Décaudin, Le gérant non-salarié dans les maisons d'alimentation à succursales multiples, Faculté de droit de Paris, Thèse 1951, dactyl. p. 59 et s.

3 J. Décaudin, Le gérant non-salarié dans les maisons d'alimentation à succursales multiples, Faculté de droit de Paris, Thèse 1951, dactyl. p. 64 – également citée par Paul Pic, DP 1931, 1, 121.

députés, lors de la séance du 3 février 1938, que le projet « étend une partie des dispositions du Code du travail à une catégorie de personnes, notamment les gérants de commerce, les ouvreuses, qui se trouvent dans une situation voisine de celle du salarié, sans que le caractère juridique de cette situation puisse permettre leur assimilation totale au salarié »⁴.

Il rappelle que de longs débats judiciaires ont eu lieu et que la Cour de cassation s'est prononcée en 1931... et que dès il s'est agi de régler « un problème de fait »... celui de la situation des gérants qui sont à l'égard des sociétés de succursales qui les emploient, dans un état de subordination économique indiscutable et indiscutée »⁵.

Il faut encore ajouter que les partenaires sociaux, dans un accord du 8 juillet 1936 étaient déjà convenus d'appliquer conventionnellement ce régime juridique aux relations nouées entre gérants et fournisseurs.

Autrement dit le texte voté en 1941 consacre pour ces travailleurs particuliers, la notion de dépendance économique.

3. Encore faut-il connaître le sens de cette notion ... car le mot est fréquemment employé sans grande prudence. Elle a été proposée en 1913 par le professeur Cuche. Elle suppose que l'employeur absorbe totalement la force de travail du salarié et lui fournisse, en contrepartie, des moyens de subsistance dépassant à peine ses besoins et ceux de sa famille⁶. Celui qui est dépendant économiquement n'a ni le temps ni les moyens de chercher une meilleure situation, il est en situation de survie.

4. Le caractère strict de cette définition explique la rédaction complexe de l'actuel article L. 7321-2 du Code du travail qui accumule les conditions de qualification. Il s'agissait d'admettre la dépendance économique sans trahir la position retenue par le juge.

La mise en œuvre de cette disposition suppose un examen des contrats et des pratiques pour savoir si tel travailleur doit être qualifié de gérant de succursale.

4 JO Ch. Dép., 3 févr. 1938, p.199

5 JO Ch. Dép., 3 févr. 1938, p.199

6 V.P.Cuche, Durapportdedépendance,élémentconstitutifducontratdetravail, Rev.crit.légis letjurisp.,1913, p.412.

Si tel est le cas, peu important la nature juridique de son activité, le juge social décidera d'appliquer une part importante des règles du droit social. C'est ce que le professeur Mainguy a appelé « la co-qualification » : on est à la fois gérant de succursale et commerçant, ou associé ou concessionnaire ou franchisé...

5. Ce régime n'a pas que des enjeux théoriques ou historiques. Ils sont économiquement considérables, car, à la différence de ce qui était naguère le cas, l'application du droit du travail dans les réseaux de distribution emporte des surcoûts considérables, susceptibles d'en perturber l'équilibre économique.

Par ailleurs, les solutions judiciaires ont, en droit social, un effet systémique considérable. En effet, il existe une certaine homogénéité des contrats et les pratiques à l'égard des gérants de succursales (en 1920 un contrat type était d'ailleurs imposé aux adhérents du syndicat des gérants de succursales d'alimentation) : la solution jurisprudentielle retenue pour un contrat risque fort de se diffuser à tous les autres. Si la difficulté n'est pas nouvelle, on songe au contentieux qui dans les années 70 a concerné les stations-services, elle demeure présente.

Elle appelle deux séries de réflexions : les premières portant sur les difficultés de la qualification, les secondes sur la technique de co-qualification.

I. Quelques conditions de la co-qualification

Je ne reprendrai pas, car ce n'est pas un cours, toutes les questions liées à la qualification, mais seulement celles qui me paraissent les plus difficiles.

6. Une personne. Pour être gérant, il faut selon l'article L. 7321-2 du Code du travail être « une personne » « chargée » par une entreprise soit de vendre des marchandises, soit de recueillir des commandes.

Il faut donc une personne à laquelle une mission présentant un caractère matériel tangible (vendre/recueillir) est confiée. Le professeur Mousseron en déduisait que « le candidat à l'application de la loi de 1941 doit être une personne physique, car le statut social ne saurait s'appliquer à des personnes morales »⁷. Il estimait encore que les gérants ou

⁷Cah. dr. entrep. 2/1978, p. 5.

dirigeants de ces personnes ne sauraient davantage prétendre au statut prévu par le Code du travail, car ce serait nier le principe fondamental de la personnalité juridique du groupement⁸.

Il devait conclure en affirmant « on éprouve quelques difficultés à imaginer que les tribunaux puissent, un jour, sinon sans doute, décider la nullité de pareilles sociétés du moins une sorte d'inopposabilité de l'écran sociétaire à l'application de la loi de 1941 même dans les cas extrêmes de sociétés constituées au seul fin de faire obstacle à son intervention »⁹.

La jurisprudence, si elle n'a pas suivi son opinion, mais a cependant retenu la technique juridique qu'il proposait implicitement.

En effet, dans un premier temps, elle a décidé d'appliquer la qualification de gérant de succursales en estimant que la personne morale était fictive (Cass. soc., 9 avr. 1998, pourvoi n°96-40124). Cependant, le concept de fictivité était restrictif et probablement inadapté. Dans l'immense majorité des cas, les personnes morales n'ont rien de fictif et poursuivent des buts licites. En effet, les critères jurisprudentiels essentiellement développés par les juridictions commerciales ne conduisent pas à écarter à la légère la personnalité morale, il faut souvent constater l'absence de fonctionnement de la personne, son défaut d'autonomie patrimoniale, ou encore l'inexistence d'*affectio societatis* ... la personne morale n'est alors qu'un paravent pour contourner certaines dispositions légales, il y a sinon fraude du moins simulation¹⁰. Dans ces cas la nullité est généralement prononcée plutôt que l'inexistence...

Ce raisonnement n'était pas adapté aux litiges concernant les gérants de succursales. En utilisant le critère de la fictivité le juge social risquait fort d'anéantir une société, que toutes les autres branches du droit auraient considérée comme licite... sans qu'il soit de surcroît certain que les créateurs de la personne morale aient eu l'intention de contourner le droit des gérants de succursales.

8Cah. dr. entrep. 2/1978, p. 6.

9Cah. dr. entrep. 2/1978, p. 6.

10 Société fictive : rappel et mise en oeuvre des critères, note de N. Mathey sous Cass. com. 9 juin 2009 : Rev. Des sociétés 2009, p. 781. - P. Rouast-Bertier, Société fictive et simulation, Rev. Des sociétés 1993, p. 725.

La Cour de cassation a fait évoluer sa position en vérifiant si l'acte a été passé avec la personne morale ou avec la personne physique de son dirigeant (Cass. soc., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-46055. – Cass. soc., 26 sept. 2006, pourvoi n° 04-46794. – Cass. soc., 25 févr. 2009, pourvoi n° 07-40371. – Cass. soc., 25 févr. 2009, pourvoi n° 07-40371).

En effet, il est parfaitement concevable que le fournisseur passe son contrat uniquement en considération des caractéristiques de la personne morale avec laquelle il va travailler. L'identité de la personne physique qui va diriger cette société peut lui être indifférente. Dans ce cas, la qualification de gérant de succursale ne s'applique pas.

Il convient donc de vérifier si un lien s'établit entre la personne physique et le fournisseur. La qualification de gérant salarié pourra être ainsi retenue lorsque les juges constatent « qu'un lien direct s'était établi entre M. X... et les sociétés Mobil et BP » (Cass. soc., 28 nov. 2006 : RJDA 2007, n° 374).

La même solution s'impose lorsque les juges du fond constatent que « la location-gérance avait été confiée par la société BP France à la société X... en considération de la personne de Mme X... ». Le critère déterminant ayant été que « les dispositions contractuelles spécifiaient que la location-gérance prendrait fin si cette dernière cessait d'être gérante et d'en assurer personnellement la direction » (Cass. soc., 26 nov. 2008 : Bull. civ. 2008, V, n° 235 ; D. 2009, jurispr. p. 1251, note H. Gaba).

Elle confirme cette solution, admettant la qualification de gérant de succursale, lorsque « toute opération de cession ou de nature à influencer sur le capital social devait être soumise à l'agrément du fournisseur, ce dont il résultait que même si celle-ci avait contracté avec une personne morale, c'est la personne physique de celui qui la gérait qui était prépondérante dans l'exécution de l'activité confiée » (Cass. soc., 12 févr. 2014 : pourvoi n°12-28160).

Au-delà des termes de la convention, le juge s'attache donc à la réalité de la relation nouée entre le gérant et le fournisseur – la réunion des conditions légales de la qualification lui permet de vérifier si, en pratique, les caractéristiques de la prestation de travail attendue du gérant ne forment pas une partie de l'objet du contrat, qui si elle n'est pas exprimée dans l'*instrumentum* existe dans le *negocium*.

Ce raisonnement est parfaitement justifié. La qualification de gérant suppose qu'il accomplisse personnellement les activités de vente ou de manutention, car cela correspond à la notion de dépendance économique : le fournisseur doit, selon cette notion, absorber le temps de travail du gérant. Par ailleurs le texte prévoit expressément que l'activité de vente ou de réception de commande est « la profession » du gérant de succursale. Le gérant n'est donc pas un gestionnaire qui reste dans un bureau pour faire les comptes pendant que des subalternes vendent ou reçoivent des commandes à sa place. S'il peut se faire assister par des salariés qu'il emploie, il ne saurait, se faire remplacer.

De surcroît, cela permet d'écarter la qualification de gérant lorsque celui-ci est librement révocable par ses associés. On conviendra qu'il serait délicat d'appliquer le droit du travail de la rupture à un tel cas : il ne peut s'agir ni d'une démission, faute de volonté du dirigeant évincé de partir, ni d'un licenciement faute de volonté du fournisseur de participer à la séparation qui est une décision purement interne d'une société partenaire.

7. Un local. La qualification de gérant de succursales est encore enserrée dans de multiples conditions cumulatives exprimant, par leur réunion, un état de dépendance économique du distributeur.

Le fournisseur dispose sinon d'une exclusivité au moins d'une quasi-exclusivité, il lui fournit ou agréée son local, il lui impose ses conditions et prix...

La qualification de gérant de succursale peut être écartée lorsque le juge constate « sans s'arrêter aux stipulations des contrats, que l'intéressé, [était] lié à deux entreprises distinctes, ne se voyait pas fournir de local ni imposer ses prix de vente et ses conditions d'exploitation par la société CSF, mais seulement conseiller des prix par la société Prodim qui n'avait ni autorité ni pouvoir de contrôle sur lui dans l'exécution de son travail »¹¹.

Ces conditions sont connues, mais l'une d'elles est, en pratique, négligée. Le texte prévoit en effet que le gérant doit exercer sa profession dans

¹¹Cass. soc., 19 mai 2010 : pourvoi n°09-42614. - V. aussi en l'absence d'approvisionnement exclusif : Cass. soc., 11 oct. 2000 : pourvoi n°99-10922.

unlocal. Autrement dit, la qualification ne concerne pas ceux qui dirigent plusieurs implantations distinctes. Rappelons que lors des travaux préparatoires le législateur avait notamment à l'esprit les kiosques de journaux, les ouvreuses, les préposés aux vestiaires, au lavabo etc. des établissements de spectacles... On comprend en effet que l'entrepreneur qui gère plusieurs implantations dispose d'une indépendance économique supérieure à celui qui est enfermé dans un local unique de vente ou de service. Ce seuil d'indépendance devrait conduire à l'exclusion de la qualification de gérant de succursale.

Il est cependant fort rare en pratique que la qualification de gérant soit envisagée en présence de sociétés ayant plusieurs implantations. Cependant, dans un arrêt tranché en 2011, la Cour de cassation a tranché une affaire où un dirigeant contrôlant six implantations réclamait le statut de gérant de succursale. Les juges du fond lui avaient accordé le statut de gérant de succursale. Le pourvoi devait, notamment critiquer ce choix en demandant comment ce prétendu gérant pouvait exercer « personnellement » son activité en six lieux différents... Ainsi formulée la question, ne portait pas directement sur l'unicité de local – peut être le moyen était-il nouveau ? Il aurait pu permettre cependant à la Cour de se prononcer. Cependant la Cour de cassation l'a écarté, répondant strictement à la question de l'exercice personnel en estimant que le gérant de succursale peut se faire assister par des salariés¹². En répondant ainsi, en choisissant de ne pas relever d'office l'incompatibilité entre le statut de gérant de succursale et la multiplicité des implantations, la Cour a peut-être manqué une des rares occasions de mettre en œuvre ce critère simple de qualification.

Lorsque la qualification est acquise quel est l'effet juridique produit.

II. Quelques enjeux de la co-qualification

8. En apparence la situation est simple. Le gérant se verra appliquer certaines dispositions du droit du travail sans que la nature juridique du contrat unissant le fournisseur et le gérant en soit affectée.

Autrement dit, le contrat de franchise, de concession, de location-gérance continue de produire une partie de ses effets. Il y a donc une

12Cass. soc., 1 février 2011 : pourvoi n°08-45223, 08-45295, 09-65999.

superposition des qualifications, on ajoute à celle issue du droit commercial, une autre en provenance du droit social.

9. Périmètre de la co-qualification. Cette mécanique est-elle possible, quelle que soit la nature du contrat de distribution ?

La réponse est généralement positive. La qualification de gérant de succursale « s'ajoute » à toutes les qualifications, et donc notamment au contrat de franchise.

Elle l'a été, en février dernier pour un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un centre de réparation et de remplacement de vitrages automobiles¹³, d'un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un institut de beauté¹⁴, ou encore d'une activité de ramassage et de distribution de plis ou de colis¹⁵.

La possibilité d'un tel cumul n'est actuellement discutée qu'à l'égard du régime des gérants mandataires résultant de l'article 146-1 du Code de commerce.

Cette qualification s'applique aux « personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité ».

Pour une grande partie de la doctrine, la notion de gérant mandataire n'est pas incompatible avec celle de gérant de succursale.

Ainsi, pour M. Auzero, « on ne voit pas pourquoi, un gérant-mandataire remplissant toutes les conditions pour bénéficier du statut de gérant de

13Cass. soc., 12 févr. 2014 : pourvoi n° 12-27089.

14Cass. soc., 18 janv. 2012 : pourvoi n°10-23921.

15Cass. soc., 26 septembre 2007 : pourvoi n°06-44863 ; Cass. soc., 21 févr. 2007 : pourvoi n°05-45048.

succursale devrait en être privé, l'un et l'autre étant d'ordre public »¹⁶. Pour Monsieur Ferrier, les deux qualifications doivent s'appliquer de concert, en retenant pour chaque question le régime le plus favorable¹⁷.

Nous ne partageons pas ces opinions pour deux raisons, la première qui tient à l'esprit du texte, la seconde à sa lettre.

S'agissant de l'esprit. Lorsque le régime de la gérance-mandat a été inventé, l'objectif poursuivi était clair : il s'agissait d'offrir une qualification commerciale écartant l'application du droit du travail.

En 2005, les rapporteurs à l'Assemblée nationale écrivaient : « **Le défaut d'assise législative du régime de gérance mandat expose les mandants à un risque de requalification du contrat par le juge en contrat de travail salarié en cas de litige survenant avec le gérant mandataire ou en cas de contrôle par l'administration.** [...] La fréquence des litiges depuis quelques années, tout particulièrement dans le secteur de l'hôtellerie, et le coût en résultant pour les mandants en cas de requalification, est de nature à dissuader le recours à cette forme de gestion qui est pourtant appréciée par les intéressés, puisque les gérants mandataires disposent d'une très grande latitude dans la conduite de leur activité sans avoir à supporter les risques de la propriété de leur outil de travail. [...] La volonté de lever l'insécurité juridique liée au risque de requalification du contrat, et de consolider cette forme de soutien indirect à la création d'entreprises est directement à l'origine de l'article 16 du projet de loi, qui confère un support législatif à la gérance mandat, en ajoutant, dans le titre IV (« Du fonds de commerce ») au livre Ier (« Du commerce en général ») du code de commerce, un chapitre VI nouveau intitulé : « Des gérants mandataires » » (S. Poignant, L.-M. Chatel, Rapp. AN, 2005, n° 2429, p. 109).

En 2010, le législateur est, de nouveau intervenu, encore une fois pour écarter plus fermement encore des décisions de justice appliquant le droit du travail. « Aux vues de certaines décisions de juridictions sociales sur la requalification de contrats de gérance-mandat en contrats de travail, les entreprises organisées en réseau continuent de s'interroger sur la

16 G. Auzero, Le législateur à nouveau au chevet de la gérance-mandat, RDT 2010, p. 642.

17 N. Ferrier, Contrat de gérance-mandat, J.-Cl. Commercial, Fasc. 323, mai 2008, § 9.

compatibilité de leurs normes et standards avec une exploitation de leurs établissements en gérance-mandat.

Cette incertitude est source d'insécurité juridique et constitue un frein au développement des réseaux en gérance-mandat » (C. Vautrin, Rapp. AN n°1889, p. 135).

La volonté du législateur paraît claire : il a souhaité, au nom d'une position économique favorable aux entreprises, créer une qualification écartant l'application du droit du travail. L'application de la qualification de gérant de succursale produirait donc les effets contraires à ceux qu'il a voulus.

10. La lettre du texte nous incite également à penser que la co-qualification doit être écartée. En effet, en application du dernier alinéa de l'article 146-1, la qualification de gérant mandataire n'est pas applicable lorsque celle, issue du Code du travail, de gérant de maison d'alimentation est caractérisée. C'est incontestablement une règle d'articulation des normes. C'est incontestablement une exception à l'application du régime des mandataires gérants au profit de celui des gérants de magasins d'alimentation qui jouxte celui des gérants succursalistes. Or, aucune règle spéciale ne vient prévoir que le régime des gérants de succursales doit primer sur celui des gérants mandataires. On est, encore une fois, porté à en déduire qu'il n'est pas applicable. Ce qui est dans l'esprit de ce texte qui entend spécifiquement écarter le régime du droit social.

11. Nature de la co-qualification ? La réponse paraît simple : lorsque les conditions objectives de l'article L. 7321-2 du Code du travail sont réunies, le droit du travail s'applique en partie aux gérants. Cela ne remet cependant pas en cause, pour autant qu'il n'y ait pas incompatibilité, l'application du droit commercial.

Le gérant de succursale n'est donc pas un salarié, il est assimilé à un salarié.

Mais cela ne nous enseigne pas grand-chose sur la technique juridique qui est à l'œuvre. On pourrait se faciliter la tâche et dire qu'il s'agit d'une conséquence légale attachée à une situation de fait – dont les autres dénominations juridiques sont indifférentes ... Indéniablement, dans le raisonnement judiciaire, l'application de ce régime est subordonnée à un

constat de fait : l'existence des conditions objectives d'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail.

Cependant, tant que ces conditions sont réunies, il en résulte un effet sur le contrat de distribution. La qualité même du franchisé est altérée dans la relation contractuelle puisqu'il est, pour une part, assimilé à un salarié. On observe en particulier que l'application du droit social entraîne, notamment, celui de la rupture du contrat... il faut donc considérer que le régime juridique normalement applicable au contrat et la qualité même du distributeur sont affectés par l'application du Code du travail.

C'est, nous semble-t-il ainsi que l'on peut interpréter l'intention du législateur qui déclarait, en 1938, avoir voulu que les dispositions relatives au contrat de travail s'appliquent à la relation unissant le gérant au fournisseur et laisse en revanche de côté celle ayant trait aux conditions de travail¹⁸.

La question qui se pose alors consiste à savoir si cette qualification forme un acte distinct du contrat commercial ou s'ajoute à lui, formant soit une partie de celui-ci soit un ensemble contractuel ?

La qualification d'acte juridique distinct nous paraît devoir être écartée, car lorsque le contrat de distribution est rompu, le droit du licenciement s'applique. De surcroît, c'est à partir du contrat de distribution – de son *negocium* - que la qualification est opérée et que le juge s'assure du respect de la législation sociale.

12. Les conséquences de cette analyse se retrouvent bien dans le régime du contrat. Ainsi, s'agissant du salaire, la Cour de cassation considère que les sommes versées au franchisé, dans le cadre du contrat de franchisage satisfont à l'obligation, résultant du Code du travail, de verser un salaire. Elle a ainsi pu estimer qu'un locataire gérant ne pouvait prétendre cumuler un bénéfice commercial et un salaire¹⁹, en estimant qu'il convenait de se référer à leur comptabilité pour s'assurer du respect du

18 P. Ramadier, Ch. Député séance du 3 févr. 1938, p. 199.

19 Cass. soc. 13 mars 2001, Dr. soc. 2001, p. 547, note Ch. Radé – Cass. soc., 26 oct. 2011 : pourvoi n° 09-72836, retenant que « Mme X... ne pouvait obtenir, au cours d'une même période, le cumul des sommes qui lui étaient dues à titre de salaires et de celles perçues à titre de bénéfice commercial en sa qualité d'exploitante à titre personnel »... dans la période postérieure elle a constitué une SARL la solution paraît alors écartée.

SMIC²⁰. S'il ne raisonnait pas de la sorte le juge devrait constater que le contrat de franchise ne prévoit aucune rémunération salariée et attribuer un salaire s'ajoutant au bénéfice commercial du franchisé. Il ne le fait pas, car il assimile au salaire les bénéfices faits, comme il assimile le franchisé à un salarié.

13. Cette analyse est-elle encore valable lorsqu'il existe une personne morale interposée ?

Dans la continuité de la précédente situation on pourrait affirmer que la co-qualification conduit à faire du gérant une partie au contrat de distribution par l'effet de la loi et avec pour conséquence d'appliquer le droit du travail. Cela correspond assez bien à la technique de qualification retenue par les juges : c'est admettre que le contrat de distribution a aussi pour objet l'activité personnelle du gérant. Elle permet aussi de justifier l'application du droit de la rupture du contrat de travail en cas de rupture du contrat de distribution.

Admettre une telle solution présenterait une double originalité, car d'une part on applique à un contrat un régime qui lui est normalement étranger et d'autre part on ajoute une partie à l'acte qui en apparence lui est étrangère.

Cependant, la Cour de cassation paraît ne pas avoir retenu cette analyse en décidant, au nom de la relativité des conventions, que la convention unissant le fournisseur à la société distributrice ne pouvait être opposée au gérant²¹.

Ce dernier raisonnement est discutable. Il nous paraît difficilement concevable d'appliquer les normes destinées au contrat tout en considérant qu'il n'existe aucun lien contractuel entre le gérant et le fournisseur. Rappelons en effet que l'objectif poursuivi par le législateur et rappelé par Paul Ramadier en 1938 consistait à appliquer le droit du contrat de travail à la relation entre le fournisseur et le gérant – et à laisser de côté les dispositions relatives aux conditions de travail. Il

20Cass. soc. 7 mars 1979 : pourvoi n°77-10382 ; Bull. civ. V, no 213 - Cass. soc., 6 févr. 1980 : pourvoi n°78-15147 ; Bull. civ. V, n°114 – V. aussi : Cass. soc., 25 févr. 1998 : Bull. civ., V, n°106, pourvoi n°95-44096.

21Cass. soc., 5 décembre 2012 : pourvoi n° 11-22168, 11-22365 ; Bull. civ. V, n° 328 ; JCP G 2013, doct. 897, obs. G. Loiseau ; RDT note G. Auzero

faudrait alors conclure que le juge, en identifiant les liens directs de gérant à fournisseur, a reconnu un nouveau rapport contractuel formant un ensemble contractuel avec le contrat de franchise unissant les personnes morales.

14. Reste une dernière question, qui a trait à la stabilité de la qualification opérée. En effet, estimer que la qualification de gérant de succursale est le résultat d'un constat de fait, soulève la question de la pérennité du choix ainsi opéré. Deux choix sont concevables.

Selon la première branche de l'option, le juge opère l'identification d'une véritable situation contractuelle : il considère donc que la situation de fait qu'il constate transforme, par l'effet de la loi, le contrat de franchise en contrat de « franchise – gérant de succursale ». Dans ce cas, la loi remodèle durablement la relation avec le gérant.

Selon la seconde branche de l'option, le juge identifie une situation de fait, justifiant l'application au contrat d'un régime juridique qui lui est normalement étranger faute d'avoir été l'objet d'un commun accord. Dans ce cas, le régime n'a vocation à s'appliquer qu'autant que les conditions de fait de la qualification sont réunies. Qu'elles cessent et le gérant redevient simple franchisé... ce qui sera le cas s'il ne travaille plus dans un local fourni ou agréé, si le fournisseur ne lui impose plus ses conditions ou prix ou si l'exclusivité de l'approvisionnement n'est plus exigée.

C'est aussi une question mal élucidée.

15. Il nous semble que s'il y a bien une crise sociale du contrat de franchise, elle tient à l'analyse encore imparfaite de la nature juridique de la situation des gérants de succursales.

Fonctions et limites de la « loi Doubin »

Jean-Louis Respaud

*Maître de conférences de droit privé à la faculté de droit d'Avignon,
UMR 5815 Dynamiques du droit, Université de Montpellier*

L'article L. 330-3 du Code de commerce, anciennement article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, dite *loi Doubin*, dispose :

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »

L'article R. 330-1 du Code de commerce détaille la liste des informations à communiquer au moins vingt jours avant la conclusion du contrat.

Ces textes, bien que n'étant pas uniquement relatifs aux contrats de distribution, *a fortiori* de franchise, les intéressent néanmoins tout particulièrement. Ils visent à ce que le contrat, notamment de franchise, soit conclu en permettant au débiteur d'une exclusivité d'activité de « *s'engager en connaissance de cause* ».

La *loi Doubin* n'est pas sans rappeler la grenouille, de la fable de La Fontaine, qui voulait se faire aussi grosse que le bœuf. En effet, au fil des ans, le champ d'application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce n'ont cessé de croître (I), d'enfler à l'instar de la grenouille. « *S'enfla si bien qu'elle creva* » : à la différence de la fable qui connaît ainsi une morale, une sentence, la *loi Doubin* n'est toujours pas assortie d'une véritable sanction civile quant au sort du contrat conclu sur la base d'une information précontractuelle défaillante (II) ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la jurisprudence a fini par ne pas restée sourde aux arguments visant à retrouver une plus grande efficacité de la sanction des promesses contractuelles non respectées à travers la question de « *l'erreur sur la rentabilité* » déjà largement étudiée depuis l'arrêt du 4 octobre 2011¹ et qui peine finalement à trouver à véritable souffle efficace², raison pour laquelle cette étude se concentrera sur les seuls aspects de la *loi Doubin* proprement dite.

I. – UNE APPLICATION CROISSANTE

L'exigence d'une information précontractuelle loyale est vaste que ce soit par extension à d'autres formes de contrats ou d'exclusivités (A) ou par contagion à d'autres types d'informations (B).

A. – Une croissance par extension

De quels contrats s'agit-il ? Ma question est mal posée. En effet, la première manifestation du vaste champ d'application de la *loi Doubin* fut

¹ Cass. com. 4 oct. 2011, n°10-20956, D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux, D. 2012, Pan. p. 577, obs. N. Ferrier, JCP, éd. G, 2012, 135, note J. Ghestin, RDC 2012, p. 9, note Th. Génicon, RLDC 2012, 4876, note D. Mainguy.

² Comp d'ailleurs Cass. com. 12 juin 2012, n°11-19047.

³ P. Lutz et M.-P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière ? », D. 2001. 1708 ; G. Blanc, « Les contrats de distributions concernés par la loi Doubin », D. 1993. Chron. 218 ; pour une étude récente et plus générale, N. Dissaux,

offerte par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 10 février 1998. Selon cet arrêt, « *les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu*⁴ ».

Il n'est donc pas nécessaire de s'intéresser à la nature du contrat, contrat de franchise, de concession exclusive ou autre, il suffit de rechercher la présence d'une clause d'exclusivité contrepartie à la mise à disposition de signes distinctifs. Il s'agit du régime de ladite clause et non pas de tel ou tel contrat⁵. D'ailleurs, l'article L. 330-3 du Code de commerce figure dans un titre III intitulé « *Des clauses d'exclusivité* ».

De quelle exclusivité s'agit-il ? Un arrêt rendu le 19 janvier 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation est éclairant à ce sujet⁶. Le franchiseur soutenait que l'article L. 330-3 du Code de commerce ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur or le franchisé avait la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et n'était donc pas tenu à son égard d'une exclusivité d'activité.

La chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'argument au motif que s'il existe bien pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité et que dès lors c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation

« L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP* 2010, n° 5, p. 236.

⁴ Com. 10 févr. 1998, n° 95-21.906, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; *CCC* 1998, n° 55, obs. L. Leveneur ; *D.* 1998. Somm. 334, obs. D. Ferrier ; *D.* 1999. 431, obs. Y. Marot ; *RTD civ.* 1998. 365, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1998. 911, obs. B. Bouloc ; D. Mainguy, P. Grignon et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1998, n° 2, p. 21, n° 17.

⁵ Pour illustration, l'arrêt précité est relatif à un contrat de location-gérance. Pour une application à un contrat de coopérative de détaillants : Douai, 4 juill. 2002, *D.* 2002. AJ 2868, obs. E. Chevrier ; *Lettre distrib.* sept. 2002, p. 2.

⁶ Com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *Bull. civ.* IV, n° 15.

d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce était applicable⁷.

À quelle exclusivité le législateur fait-il donc référence ? Cette question soulevée par la société Expert est parfaitement pertinente. L'article L. 330-3 du Code de commerce dispose que : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.* » L'expression retenue par le législateur est « *un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* ». La Cour de cassation retient à l'instar de la cour d'appel que l'activité à considérer est celle relative aux produits ou services couverts par le contrat. Si la Cour semble aller au-delà de la lettre de la loi, elle nous semble pourtant en extirper et respecter le sens car l'activité retenue, c'est-à-dire celle objet de l'exclusivité, est bien celle qui est la contrepartie à la mise à disposition de l'enseigne ou de la marque. Le critère d'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce est donc qu'une exclusivité soit exigée concernant l'activité contractuelle et non pas nécessairement l'activité globale du distributeur⁸.

B. – Une croissance par contagion

Quid de l'application de la loi Doubin aux études et budgets prévisionnels ? Une réponse affirmative est offerte notamment par l'arrêt précité en date du 19 janvier 2010⁹.

L'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce peut paraître *a priori* curieuse s'agissant de l'étude prévisionnelle de marché puisque, comme le soulignait la société Expert, ses dispositions, ni celles du décret d'application du 4 avril 1991, ne mettent à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état

⁷ Pour une autre hypothèse d'application de cette disposition à un engagement de quasi-exclusivité, v. Com. 19 oct. 1999, n° 97-14.366, *D.* 2001. Somm. 296, obs. D. Ferrier.

⁸ En ce sens, Agen, 12 mars 2008, *CCC* 2008, n° 199, obs. M. Malaurie-Vignal.

⁹ Com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *Bull. civ.* IV, n° 15. Dans le même sens, v. not. Com. 11 févr. 2011, n° 01-03.932 ; Com. 25 mars 2014, n° 12-29.675.

des comptes prévisionnels¹⁰ et que dès lors si de tels documents sont néanmoins communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition.

L'argument est balayé en les termes suivants : « *si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local* ».

Comment une hypothèse non couverte par un texte peut-elle pourtant y trouver son imputation, son régime ? Le raisonnement de la Cour peut intriguer. Il n'en est pourtant rien. La *loi Doubin* poursuit un objectif, à savoir que le débiteur d'exclusivité puisse s'engager en connaissance de cause ; elle impose pour ce faire des moyens que sont les documents et informations devant être communiqués préalablement à la conclusion du contrat. Il nous semble que, d'une part, l'objectif prime les moyens et que, le texte n'interdit pas de produire d'autres informations, d'autre part. Mais si tel est le choix du créancier d'exclusivité, en l'espèce le franchiseur, alors les autres éléments communiqués ne doivent pas porter atteinte à l'objectif d'engagement en connaissance de cause du franchisé. S'agissant d'une étude prévisionnelle, l'article L. 330-3 du Code de commerce met donc « *à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local* ». Rien de surprenant. En effet, ce n'est pas parce qu'un document n'est pas prévu par la liste des informations précontractuelles à communiquer pour servir au consentement éclairé du distributeur, que ledit document peut, par un raisonnement *a contrario* bien mal venu, aller à l'encontre de cet objectif et poursuivre un dessein déloyal. Bien que la fiabilité de l'étude de marché soit considérée comme une obligation de moyens¹¹, une différence de 36 % entre les prévisions et les chiffres réalisés démontre le caractère léger et donc fautif de l'étude prévisionnelle¹². Les conséquences de cette lecture sont capitales : « *les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments*

¹⁰ En ce sens, Com. 11 févr. 2003, n° 01-03.932, *Cah. dr. entr.* 2003/5, p. 43, obs. D. Mainguy, *D.* 2003. 2304, obs. H. Kenfack.

¹¹ Com. 11 janv. 2000, n° 97-16.419, *RJDA* 2000/3, n° 259.

¹² Rapp. Com. 24 févr. 1998, n° 95-20.438 et Paris, 16 janv. 1998, *D.* 1998. Somm. 337, obs. D. Ferrier ; Lyon, 12 juin 2003, *Lettre distr.*, nov. 2003, p. 2 ; v. égal. Com. 5 déc. 2000, n° 98-16.524, *RJDA* 2001/4, n° 440.

d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ». La Cour retient ainsi que le caractère fautif de l'étude violant les exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce qui n'a pas permis à la société franchisée de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, est ainsi la cause directe des déconvenues de celle-ci et des déboires subis par les époux X, en leur qualité de caution.

Cet arrêt est donc important : en effet, si la violation de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne présente guère d'utilité quant au sort du contrat, en particulier son annulation¹³, la méconnaissance de ces exigences peut être redoutable quant à la responsabilité de son auteur¹⁴. En effet que la méconnaissance des exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce emporte ou pas un vice du consentement susceptible d'anéantir le contrat, elle n'en constitue pas moins une faute délictuelle qui engage la responsabilité de son auteur et oblige celui-ci à réparer, au titre de l'article 1382 du Code civil, les dommages qui en sont la conséquence directe.

II. – UNE SANCTION ABSENTE

Si le manquement aux exigences des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce est sanctionné pénalement par l'article R. 330-2 du même code, en revanche nulle sanction civile n'est prévue par la loi ni offerte par la jurisprudence quant au sort du contrat ainsi conclu.

Cette lacune constatée (A), des propositions de correction peuvent être avancées (B).

A. – Une lacune constatée

Le seul constat de la violation de la *loi Doubin* ne suffit à emporter l'annulation du contrat à défaut de la démonstration d'un vice du

¹³ V., P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *JCP E* 1998, *Cab. dr. entr.* n° 2, p. 27 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », *CCC*, mars 2003, p. 5.

¹⁴ Dans le même sens, Com. 25 sept. 2007, n° 05-20.922 et en sens contraire pour absence de lien de causalité, v. Com. 16 mai 2000, n° 97-16.386 ; *JCP E* 2001. 269, obs. P. Neau-Leduc.

consentement. Cela depuis un arrêt de la chambre commerciale en date du 2 décembre 1997 qui précise :

« Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat, l'arrêt énonce que "le non-respect par la société Audreco Conception de son obligation d'information pré-contractuelle est constitutif du dol prévu par l'article 1116 du Code civil" ;

Attendu qu'en se déterminant par un tel motif sans caractériser un comportement du franchiseur ayant conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés¹⁵. »

Cette solution a ensuite été confirmée par un arrêt de principe en date 10 février 1998 :

« Vu l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé¹⁶. »

Cette jurisprudence est régulièrement réaffirmée par la Cour de cassation¹⁷.

En dernière date, soit par un arrêt de la chambre commerciale du 28 mai 2013, la Cour de cassation a même durci sa position à propos des franchisés tentant de se soustraire à leurs engagements contractuels au prétexte de prétendues ou vagues lacunes de l'information précontractuelle délivrée par le franchiseur :

« Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du

¹⁵ Com. 2 déc. 1997, n° 95-21.563.

¹⁶ Com. 10 févr. 1998, préc.

¹⁷Voir not. Com. 15 mars 2011, n° 10-11.871 ; Com. 20 mars 2007, n° 06-11.290 ; Com. 6 déc. 2005, n° 03-20.510 ; Com. 21 nov. 2000, n° 98-12.527.

temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement¹⁸. »

Ainsi, selon la Cour de cassation, non seulement, l'incomplétude ou l'imprécision du document d'information précontractuelle délivré par le franchiseur ne présument nullement d'un vice du consentement mais ils ne le prouvent ni ne l'établissent pas davantage puisqu'en pareil cas, il appartenait au franchisé de pourvoir auxdites lacunes.

Toutes ces décisions sont conformes au second alinéa de l'article 1116 du Code civil qui exige que le dol soit prouvé.

B. – Les correctifs proposés

Une présomption de vice du consentement. Afin de renforcer l'utilité de la *loi Doubin* et servir l'exigence de loyauté précontractuelle qu'elle sous-tend, il pourrait être opéré par présomption et donc par renversement de la charge de la preuve. Présumer, dès lors que les dispositions des articles des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce sont méconnus, qu'il y a vice du consentement du créancier de l'information précontractuelle, redonnerait quelque efficacité à ces textes¹⁹.

En effet, puisque les dispositions en question indiquent, d'une part, un objectif à atteindre, l'engagement en connaissance de cause, et, d'autre part, un moyen pour y parvenir, l'information précontractuelle, il ne serait pas saugrenu de déduire, de présumer, de l'absence de mise en œuvre du moyen le défaut d'objectif.

Ainsi, en cas de manquement aux dispositions précitées, il n'appartiendrait plus au créancier de l'information précontractuelle de prouver, outre le manquement, le vice de son consentement, mais par renversement de la charge de la preuve, il incomberait au débiteur de

¹⁸Com. 28 mai 2013, n° 11-27.256.

¹⁹ V., P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », préc. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », préc.

cette information de démontrer que son manquement n'a causé nul vice du consentement de son contractant.

Il va, en effet, de soi que la présomption de vice du consentement ainsi proposée ne peut pas être irréfragable. Il s'agit d'un simple renversement de la charge de la preuve. En considération de la multitude des manquements possibles à la *loi Doubin* (absence de tout document d'information précontractuelle, informations dolosives, informations incomplètes ou obsolètes, retard dans la délivrance du document...) et à leurs conséquences très variables, retenir une même sanction reviendrait alors à consacrer une nullité automatique.

De nouvelles informations à communiquer. Compléter et hiérarchiser les informations précontractuelles devant être communiquées en application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce pourraient également être des moyens de renforcer la loyauté précontractuelle. Il serait ainsi judicieux que les promoteurs de réseaux de distribution soient tenus d'exposer les éventuels déboires judiciaires les opposant à certains de leurs distributeurs. Pour l'heure, il est seulement exigé d'eux qu'ils relatent les sorties du réseau intervenues au cours de l'année précédente²⁰.

Une mise à jour. Enfin, si la loi prévoit que le document d'information précontractuelle doit être délivré au moins vingt jours avant la signature, elle ne précise pas de délai maximal entre sa communication et cette signature. Une mise à jour, passé un certain délai, pourrait ainsi également servir l'exigence d'engagement en connaissance de cause.

²⁰ Art. R. 330-1, 4° c C. com. : « Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé. »

Le contrat de franchise dans la tourmente de l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce

Malo Depincé,

Maître de conférences HDR à la Faculté de droit et de science politique
de Montpellier

Directeur du Master 2 *consommation et concurrence*
Directeur adjoint de l'UMR 5815 *Dynamiques du droit*.

Quelle tourmente pourrait-il y avoir dans l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce ? Parfois présenté ou plus exactement souhaité comme une loi de police¹ ou à tout le moins comme un outil d'ordre public, il devrait, dans un souci d'efficacité et pour assurer les objectifs que le législateur avait espéré atteindre, ne présenter que des certitudes et laisser souffler sur ses sujets le vent chaud et rassurant d'une norme claire et précise, limitant autant que faire ce peut le pouvoir d'interprétation du juge. Il n'en est pourtant rien et c'est bien une tourmente que produit ce texte, inspirant un grand nombre de commentaires, beaucoup d'arrêts parfois contradictoires et pour lesquels une tentative de synthèse relève parfois de la gageure. Pour l'auteur de ces lignes, la tourmente tient à la véritable nature du sujet au confluent de deux complications : aux difficultés d'application de l'article L. 442-6 s'ajoutent celles de la qualification du contrat de franchise. L'article.442-6 pourrait être en outre perçu comme porteur d'espoirs ou de déceptions. Et à voir l'intérêt que suscite ce colloque, on comprend mieux le choix de Daniel Mainguy du mot « *tourmente* » qui appliqué à l'objet de notre rendez-vous, le contrat de franchise, aurait donc au moins deux sens : une tourmente, comme un tourbillon, un déplacement d'air ou de

¹Cf autres contributions, *supra*.

matériaux dans un sens indéterminé ou changeant, sans la certitude de savoir si le contrat qui aurait vocation à durer « un certain temps » durera ce certain temps ou pas... Une contrainte qui s'impose à ses sujets, en l'occurrence le franchiseur et le franchisé qui recherchent non pas, ce serait une vue de l'esprit « la » sécurité juridique² (qui ne peut exister que comme un objectif dans l'esprit de chacun, tout autant du moins que la sécurité économique) mais une sécurité suffisante et qui corresponde à un niveau de risque acceptable en relation avec l'importance de leur investissement. Rappelons en outre qu'il n'y a pas un droit du contrat de franchise, puisque le contrat de franchise n'est pas à proprement parler un contrat nommé régi par des dispositions légales ou réglementaires qui s'appliqueraient à lui systématiquement, de manière homogène et exclusivement. Les praticiens n'en sont que plus tentés de rechercher une certaine liberté contractuelle. Bien sûr la doctrine et la pratique ont, dans une certaine mesure, tenté d'harmoniser ces « contrats de franchise » mais ils demeurent très divers comme cela a été rappelé par Régis Fabre³. Comment alors concilier cette aspiration à une certaine liberté, cette souplesse dans les conditions d'investissements, avec les impératifs des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du Code de commerce ? Article qui proscrit, interdit, et dès lors s'oppose parfois à cette volonté libérale du rédacteur du contrat. Article, qui pour reprendre l'image du tourbillon, donne parfois le sentiment d'un brassage d'air emportant les objets les plus divers, tant ses dispositions, diverses et variées, peuvent paraître relever d'un certain flou. Un tourbillon dans lequel nous sabrerons pour nous concentrer sur ce qui serait essentiel. Tout en sachant que sabrer dans le tourbillon n'est pas l'assurance de parvenir au résultat escompté.

L'article L. 442-6 a un contenu des plus variés, car il s'agit dans son « I » d'empêcher, par la sanction de la responsabilité civile, pour simplifier : un avantage imposé au partenaire sans contrepartie correspondante (1°), un déséquilibre significatif (2°), un avantage préalable à la passation de commande sans qu'il soit accompagné d'un engagement de commande par écrit (3°), une menace de rupture brutale des relations commerciales pour obtenir des avantages illégitimes (4°), une rupture brutale des relations commerciales établies (5°), une participation directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau (6°),

²Rapport public 2006 du Conseil d'État sur *la sécurité juridique et la complexité du droit*, la Documentation française. Et Cass. Civ. 1ère., 11 juin 2009, JCP 14 septembre 2009, comm. X. Lagarde, 237

³Cf. *supra*, *Les fonctions du contrat de franchise*.

un refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison etc. (8°), un défaut de communication des conditions générales de vente (9°), le refus de marquer le nom du fabricant sur une étiquette de distributeur. Bref des abus dans certaines pratiques économiques, celles restrictives de concurrence. Nous ne complèterons pas cette litanie, faute de temps, avec le II, le tout englobant un ensemble de dispositions prises en réaction aux abus, réels ou allégués, de certains professionnels.

Certains abus ne sont pas propres aux contrats de franchises. La jurisprudence a plusieurs fois appliqué à des relations entre franchiseur et franchisé les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, non pas parce qu'était en cause un contrat de franchise mais pour d'autres motifs que nous ne pourrions qu'évoquer dans cette introduction, recherchant un déséquilibre significatif.

On rappellera en premier lieu que le déséquilibre significatif est apprécié de manière technique au vu des engagements de chacun, et non des prix pratiqués. Un prix de vente élevé ne crée, en soi, pas un déséquilibre significatif. La jurisprudence a pu en revanche ces dernières années apporter quelques précisions sur ces déséquilibres. On en trouvera quelques exemples, non pas dans d'hypothétiques prix abusifs mais dans des pratiques de révision en cours d'année des prix qui seraient au seul avantage du stipulant. Tel est le cas d'une centrale de référencement qui imposait à ses fournisseurs des clauses de révision des prix considérées comme créant un déséquilibre significatif⁴. Il en va de même pour les délais de paiement : s'il existe des paiements croisés entre le réseau et ses membres, ceux-ci au regard de l'article L.442-6 I 2°, supposent un certain équilibre (qui sans être parfait doit néanmoins être démontré). Dans une

⁴ T com. Lille 7 septembre 2011, CA Paris, 11 septembre 2013 JD019306), solution transposable à la franchise. La convention en cause prévoyait une clause de révision tarifaire rédigée en trois paragraphes : le tarif négocié annuellement est intangible (§ 1) ; le fournisseur peut toutefois augmenter ses tarifs, après accord préalable de l'enseigne, en cas de hausse dûment justifiée de ses coûts externes (§ 2) ; toute baisse des coûts externes du fournisseur non répercutée dans le tarif permet à Eurachan de résilier unilatéralement la convention (§ 3). Sur une action du Ministre, les juges ont considéré qu'en l'espèce la différence de régime entre une hausse des coûts et à l'inverse une baisse de ceux-ci créait un déséquilibre significatif sanctionnable. Dans les contrats qui se prolongent dans la durée, il est par conséquent nécessaire au regard de l'article L. 442-6 I 2° que les modalités de révision des prix soient également accordées aux deux parties.

affaire de distribution de matériel de bricolage⁵, le Tribunal avait considéré que le distributeur avait imposé à ses fournisseurs des délais de paiement distincts de ceux applicables aux « prestations » qu'il leur fournissait, favorisant considérablement sa propre trésorerie. Là n'est pas cependant l'essentiel de notre sujet.

Que serait alors l'essentiel ? L'article L. 442-6 appliqué à ces contrats de franchise pose, de manière assez classique, une question récurrente : celle de la liberté ou de la possibilité de maintenir le contrat. Nous envisagerons par conséquent pour traiter de cet article L. 442-6 deux points s'agissant des aménagements contractuels portés à ces libertés : les clauses de rupture (I) et les clauses de litige (II).

I Les clauses de rupture

La rupture du contrat n'est certainement pas l'objectif du franchiseur, dont l'intérêt réside au contraire dans le maintien de la relation contractuelle dont il retire profit, pourvu que cette relation perdure conformément à ses exigences, à ses intérêts, ceux qu'il a définis dans son concept et qui font la particularité du réseau. En revanche, la rupture de la relation n'est pas un aléa : il est certain que le contrat prendra fin, à un moment ou un autre, soit qu'une inexécution justifie la rupture, soit que les parties décident de le résilier ou de ne pas le renouveler signe que l'une au moins a perdu tout intérêt à sa poursuite. Ce sont en effet ces exigences qui font l'intérêt du réseau pour le client qui, sans avoir à connaître les subtilités des relations contractuelles et économiques entre parties au système, cherche à retrouver d'un point de distribution à un autre les mêmes propositions (il ne devra notamment pas faire la différence dans des réseaux mixtes, entre une succursale et un franchisé). Il arrive qu'un franchisé, par maladresse ou par opportunité, s'écarte plus ou moins de cette exigence. Il s'agit là d'un risque pour tous les membres du réseau, le franchiseur qui ne parviendra à maintenir la viabilité économique de son modèle que si chacun le respecte (à défaut chaque franchisé cherchera des aménagements à son statut) et le franchisé qui perdra sa clientèle locale si les autres franchisés n'assurent pas les mêmes conditions de satisfaction de la clientèle. L'hétérogénéité est alors contraire au principe même du réseau. Il faut par conséquent en déduire que pour préserver l'attractivité d'un réseau dans l'intérêt du franchiseur et du franchisé, une certaine homogénéité est nécessaire (la question de

⁵ T. Com. Lille 6 janvier 2010, JD00233

l'importance de cette homogénéité a déjà été traitée dans les contributions précédentes). Pour la garantir, il appartient, sans excès, au maître du réseau d'en assurer la police dans l'intérêt qui est le sien et dans celui de ses membres.

Il s'agit en premier lieu de contrôler l'accès au réseau, ce qui ne pose pas de difficultés particulières au regard de l'article L. 442-6. Cela suppose surtout de pouvoir mettre un terme à un contrat dont l'exécution par le franchisé ne correspondrait pas aux conditions fixées par le franchiseur, ou inversement peut-être. Or il y a parmi les contrats objets de notre étude, certes des contrats à durée indéterminée, mais surtout pour l'essentiel des contrats à durée déterminée. Il faut rappeler les principes d'une possible rupture (A) avant d'en envisager l'aménagement préalable (B).

A) Les principes d'une possible rupture - Dans les contrats à durée indéterminée, cette question est dominée par le principe de prohibition des engagements perpétuels lequel valide la règle selon laquelle chaque partie dispose d'une faculté de résiliation unilatérale contrôlée par l'hypothèse de la brutalité de la rupture ou de son caractère abusif. Cela implique que chaque partie est évidemment libre de mettre un terme au contrat lorsqu'elle le souhaite sous la réserve du 5° de l'article L. 442-6 5° c'est-à-dire en respectant impérativement un préavis écrit et suffisant tenant compte de la durée des relations antérieures. En principe, la partie qui exerce son droit de résilier unilatéralement le contrat à durée indéterminée n'a pas à donner de motifs pour justifier sa décision⁶, pourvu que le préavis soit suffisant. Le délai de préavis suppose évidemment le maintien des engagements contractuels du franchiseur⁷ et du franchisé, sauf à risquer de se voir reprocher une violation des stipulations du contrat. On ajoutera, pour être complet mais chacun ici le sait, qu'il convient de distinguer la rupture brutale, de la rupture abusive qui résulte d'une faute ou d'un manquement aux obligations contractuelles et est sanctionnée sur le fondement de l'abus de droit (de manière distincte d'une rupture brutale avec le cas échéant des dommages et intérêts distincts)⁸.

⁶Cass. com., 4 janv. et 5 avr. 1994 : D. 1995, jurispr. p. 355, note G. Virassamy et somm. p. 70, obs. D. Ferrier.

⁷Et notamment de son obligation d'assistance ou de transmission du savoir-faire, CA Paris, 9 mai 1997 : D. 1998, somm. p. 335.

⁸ Ainsi, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée peut, quand bien même le préavis aurait été respecté et sa longueur serait suffisante, revêtir un caractère abusif en

Dans les contrats à durée indéterminée en revanche, comme la plupart des contrats de franchise, la question de la résiliation anticipée et unilatérale du contrat de distribution est moins évidente. On serait tenté de répondre que de tels contrats prévoient une durée limitée, censée permettre au franchisé de revenir sur ses investissements (puisqu'en général il finance l'essentiel de l'implantation) et qui n'autoriserait la résiliation que par un refus de renouveler le contrat à son terme. Pour des périodes de 3 années (comme pour les baux) cela pourrait se comprendre, mais le risque est plus grand lorsque l'enjeu économique suppose, pour un retour sur investissement, des durées plus importantes et plus proches des 10 ans par exemple. Qu'en est-il si dès le début le franchisé n'est pas à la hauteur des espérances du franchiseur ou situation inverse que ce même franchisé estime que le franchiseur ne satisfait pas à ses engagements ?

En droit commun des contrats, tel qu'exposé par les textes, le principe est que l'arrêt du contrat est possible, par décision judiciaire, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil dans l'hypothèse où l'une des parties n'aurait point satisfait à son engagement⁹. Il s'agit même depuis la jurisprudence de 1998¹⁰ d'une possible « résolution unilatérale », c'est-à-dire une « résolution », dans les faits une résiliation (sans effet rétroactif), non judiciairement décidée, réalisée aux risques et périls de la partie qui en est à l'initiative. Le changement est radical : il signifie qu'une partie à un contrat à durée déterminée peut mettre fin à ce contrat et cette fin sera efficace, mais que cette fin, qui emporte en principe la mise en jeu de la responsabilité de son auteur, pourrait toutefois être justifiée. Cette solution jurisprudentielle se justifie au motif premier de l'impossibilité de parvenir à faire exécuter convenablement une convention par une partie qui ne le veut plus, et de la préférable recherche pour unique sanction au-delà de la fin du contrat, de l'allocation, non automatique, de dommages et intérêts. La solution de bon sens est alors plutôt que de

raison des circonstances qui accompagnent cette rupture, Cass. com., 25 oct. 1994, n° 93-12617 : Contrats, conc. consom. 1994, comm. n° 159, note L. Leveneur.

⁹ La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible : Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103 et 22 mai 2013, RDC 2014. 22, note Laithier.

¹⁰ La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et cette gravité n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300; D. 1999. 197, note Jamin.

contraindre le franchiseur ou le franchisé à maintenir le lien, ce qui serait une solution isolée en droit des contrats, de s'assurer du manquement à l'origine de la rupture et de le sanctionner dans de justes proportions. En l'absence de manquement suffisant, c'est la responsabilité civile contractuelle de l'auteur de la rupture qui est engagée : l'indemnisation sera plus ou moins importante selon le temps restant à courir, et accessoirement selon les conditions dans lesquelles s'est opérée cette rupture.

B) L'aménagement contractuel de la rupture - Est-il cependant possible au franchiseur, car c'est bien lui qui va rédiger le contrat, d'aménager conventionnellement dans ces hypothèses les conditions de la rupture, éventuellement pour en faciliter la mise en œuvre ? Telle est la question des clauses de résiliation unilatérale anticipée dans les contrats de distribution. Ces mêmes clauses posent elles-mêmes en réalité deux questions : est-il en premier lieu possible de résilier de manière anticipée sans justification (laquelle peut intervenir au moment de la rupture ou postérieurement, au cours du procès par exemple) ? Ce serait transformer la logique d'un contrat à durée déterminée en celle d'un contrat à durée indéterminée pour l'une des parties mais prévoyant en quelque sorte un terme maximum. Est-il en second lieu possible d'aménager la résiliation judiciaire de l'article 1184 c'est-à-dire d'aménager contractuellement la sanction d'un manquement contractuel du partenaire, voire d'aller plus loin et de substituer au mécanisme légal, interprété par la jurisprudence qui en fixe les limites (notamment quant à l'importance du manquement invocable), un régime contractuel nouveau ?

Un premier arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹ semble clairement aller dans le sens d'une certaine liberté contractuelle sur le second point (question 2) et assurer aux parties la possibilité de fixer les typologies des manquements qui justifient cette résolution (sous la réserve on l'imagine d'un abus manifeste et grave) et de fixer les conditions de mise en œuvre de la résiliation (délais, notification, paiement des prestations réalisées, etc.)¹². Bien évidemment, la question

¹¹Cass com. 10 juillet 2012, pourvoi n°11-20060, JCP, éd. E, 2012, 1722, note D. Mainguy.

¹² Le rejet du pourvoi est ainsi justifié : « *Et attendu, enfin, qu'ayant relevé que l'article 20 autorisait chacune des parties à résilier le contrat pour faute, ce dont il résultait que les parties avaient écarté l'appréciation judiciaire de la gravité de leur comportement, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante* »

se poserait de la soustraction aux mécanismes de L.442-6 par une telle clause. Pourtant, ses dispositions sont d'ordre public et on ne saurait les écarter d'un trait de plume. C'est en ce sens que s'est prononcé un autre arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 2013¹³, rappelant que dans l'hypothèse d'un préavis contractuel il appartient aux juridictions saisies de vérifier que le préavis est conforme aux dispositions de L. 442-6 5°, c'est-à-dire suffisant au regard de la durée de la relation commerciale établie.

La réponse à la première question n'est en revanche pas évidente. Ce que l'on pourrait qualifier de clauses de résiliation anticipée n'offre en effet qu'une justification plus discutable. Économiquement, ces clauses qui laisseraient à l'une des parties, sous la seule réserve de l'abus, la possibilité de résilier un contrat à durée indéterminée avant son terme à la seule condition de respecter un préavis et des conditions de forme n'est pas sans conséquence importantes pour l'investisseur. Si l'un des intérêts du contrat de franchise est de permettre de faire peser (pour assurer le développement du réseau) sur les épaules du franchisé l'essentiel du coût de l'implantation, encore faut-il que ce dernier soit assuré en contrepartie du temps nécessaire à son retour sur investissement. En droit, l'admission de telles clauses reviendrait à supprimer la distinction des contrats à durée déterminée (CDD) et des contrats à durée indéterminée (CDI), les CDD devenant potentiellement des CDD avec droit de résiliation indéterminée à la seule disposition du stipulant. Une telle clause a pu être considérée comme engageant la responsabilité civile contractuelle de son auteur sur le fondement notamment de l'article 1147 du Code civil¹⁴.

¹³ Pourvoi n°12 -19500.

¹⁴ CA Rouen 12 décembre 2012, Juris-Data n° 033564 : « *ladite clause, qui prévoit la faculté, pour Sofresid exclusivement, de résilier tout ou partie des prestations objet de la commande à sa convenance et à tout moment après préavis de huit jours, est en premier lieu en contradiction directe avec l'économie générale du contrat, qui prévoit que les prestations seront effectuées pendant une durée précise, et avec les clauses de résiliation qui la précèdent immédiatement, l'article 21-1 prévoyant une faculté de résiliation pour inexécution par le prestataire de ses obligations huit jours après mise en demeure restée infructueuse de les accomplir, et l'article 21-2 sanctionnant le non-respect par le prestataire d'une disposition essentielle de la commande, ou ses manquements répétés à ses obligations ou aux règles de santé, hygiène, sécurité, ou environnement. En second lieu et surtout, elle confère à Sofresid un avantage excessif, déséquilibrant ainsi les obligations respectives des parties, puisqu'aucune faculté de résiliation n'est prévue au profit du prestataire, de sorte que le tribunal a exactement retenu qu'elle était contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L442-6-1 2° du code de commerce, notamment en ce qu'il interdit à une partie d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire en le soumettant à des conditions commerciales injustifiées, étant sur ce point observé que le poids économique*

En outre, on pourrait surtout voir, dans une possibilité de résiliation unilatérale réservée à une seule partie, la stipulante, un déséquilibre significatif qu'il nous faut également envisager dans le cadre de la liberté de stipuler. C'est ici que L. 442-6 2° vient parasiter, ou compléter L. 442-6 5°. Pour une Cour d'appel, « *la clause qui permet la résiliation pour « non - performance » huit jours après l'envoi d'une lettre recommandée sans que la preuve soit donnée que le destinataire l'ait reçue et sans que lui soit laissée la possibilité de corriger le manquement avant la résiliation crée manifestement un déséquilibre significatif dans la relation distributeur-fournisseur ; la résiliation est automatique en raison d'un manquement dont la réelle gravité fait défaut et sans considération de l'ancienneté de la relation commerciale des parties ; la réciprocité de la mise en jeu de la clause, son utilisation par le fournisseur restent grandement théoriques* » ; le point souligné est important¹⁵. Imaginons une clause de performance qui serait sanctionnée par la résiliation anticipée du contrat. La clause est sévère, elle le serait d'autant plus si son engagement était réservé à l'une seule des parties. En toute logique au contraire, si la faculté de résiliation est bilatérale, il n'y a pas de déséquilibre significatif¹⁶, même si par exception la mise en œuvre de cette clause peut être constitutive d'abus.

On a pu apprécier la formule employée selon laquelle la franchise est une aventure partagée¹⁷. Ce partage suppose un équilibre. Non pas un équilibre absolu, mais un équilibre sans atteinte significative. Cet équilibre doit se retrouver dans les conditions et les causes de la rupture autant que dans la procédure pour apprécier celles-ci.

II Les clauses de litige

Rappelons que la nature de la responsabilité engagée au regard de L. 442-6 n'est pas sans conséquences pratiques importantes sur la pratique ou sur le travail des universitaires qui peinent, comme l'a justement exposé le Professeur Cesaro¹⁸, à trouver des sources et des justifications. Rappelons la controverse (A), envisageons les aspects pratiques (B).

de Sofresid, avec ses 451 salariés, est d'une toute autre importance que celui d'Azuki, qui n'est animée que par Antoine Greco ».

¹⁵CA Paris, 20/11/2013, *Juris-Data* n° 026814

¹⁶ Pour un exemple, en matière de distribution exclusive de voiliers, CA Paris, 25102013, *Juris-Data* n° 024633.

¹⁷ R. Fabre, *cf supra*.

¹⁸*Cf supra*.

A)La controverse – L'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce est devenu un support essentiel et récurrent de pratiquement tout le contentieux de la rupture des contrats de distribution, avec le renfort de la singulière « *action du ministre* » du § III, autonome, déclarée conforme à la CEDH et à la Constitution¹⁹.

La question du régime de responsabilité est apparue à l'occasion d'un arrêt de la chambre commerciale du 6 février 2007 qui avait affirmé que la responsabilité liée à la mise en œuvre de ce texte était une responsabilité délictuelle²⁰. La solution est tranchée, mais elle a pu être critiquée. On peut en effet à l'inverse se ranger du côté des décisions contraires rendues par la première chambre civile qui y voyait quant à elle une « responsabilité » de nature contractuelle²¹. Une telle divergence n'est ni souhaitable ni utile. Elle ajoute à la tourmente et notre sabre est bien illusoire pour trancher. Les conséquences de cette divergence de jurisprudence peuvent être exposées ainsi : dans l'hypothèse où la responsabilité est délictuelle certaines clauses de litige pourraient ne pas trouver application. Une partie des arrêts rendus écartent ainsi les clauses relatives au litige (cause attributive de compétence ou clause compromissaire), solution justifiée parce que le régime de responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, serait de nature délictuelle. Les autres décisions, contraires, n'écartent pas ces clauses, notamment dans un contexte international, ce dont on peut déduire que la responsabilité ressortirait à l'ordre contractuel²².

¹⁹Cons. const. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011.

²⁰ Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2007. 653, obs. E. Chevrier, p. 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007. II. 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque ; Cass. com. n°07-12336, JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy ; Cass. com., 13 janv. 2009, (n° 08-13.971, RDC 2009. 1016, obs. D. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais ; D. 2009, p. 295, obs. E. Chevrier, et p. 2892, obs. D. Ferrier.

²¹Civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, D. 2009. P. 200, note F. Jault-Seseke, p. 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n°270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009, p. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt, RTD com. 2009. 646, obs. P. Delebecque ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, D. 2010. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, 2544, obs. C. Dorandeu, et 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt.

²² Cf. D. Mainguy, La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre, D. 2011. 1495

B) Les enjeux – Dans ce brouillard, on en est à souhaiter à nouveau des juges départeurs. On peut également envisager que l'une des chambres se rangera à la position de l'autre, à l'occasion d'un nouveau pourvoi – mais l'on peut estimer que l'opposition existant depuis quatre ans augure mal d'une telle solution - ou bien la Cour sera rassemblée en chambre mixte ou en assemblée plénière pour trancher un conflit difficile à justifier mais qui réjouit la doctrine qui y voit, en interprétant par ses propres tropismes, l'occasion de discussions plus larges sur la nature des relations entre partenaires économiques ou le droit à l'arbitrage, etc. La doctrine se rallie plutôt majoritairement à l'opinion selon laquelle la responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce est toujours délictuelle avec un ensemble d'arguments qui sont censés répondre à un « *principe de cohérence élémentaire* »⁽²³⁾. On pourrait surtout observer la situation factuelle pour apporter une solution plus nuancée, relative. Certaines relations commerciales établies ne sont pas formalisées : c'est le cas d'une négociation informelle ou bien d'une série de contrats qui se succèdent dans le temps. Leur rupture se traduit par l'impossibilité de contraindre à conclure un contrat à venir. Aucun élément contractuel extérieur n'encadre ni ne conditionne la relation commerciale établie. La responsabilité qui en découle peut ainsi être considérée comme relevant d'un régime de responsabilité délictuelle²⁴.

Certaines de ces relations commerciales au contraire sont formalisées, par la conclusion d'un contrat, essentiellement de longue durée, souvent qualifié de contrat-cadre. Il semble alors assez artificiel de distinguer la rupture de sa brutalité. Incontestablement alors, la source du manquement se trouve dans une faute de comportement, pas nécessairement dans l'illicite (sauf à caractériser une certaine brutalité qui ne peut aucunement être considérée comme systématique)²⁵. Elle réside dans le refus de respecter un engagement, une violation des stipulations contractuelles mais pas à proprement parler directement d'une interdiction explicitement posée par la loi...

L'enjeu de la divergence jurisprudentielle, au-delà de la distinction d'ordre intellectuel entre les domaines délictuel et contractuel, demeure l'interrogation sur la contrainte des clauses relatives au litige, clauses

²³D. Mazeaud, obs. in RDC 2009. 1016.

²⁴Comp. Com. 28 févr. 1995, Cah. dr. entr. 1995/6. 28, note D. Mainguy.

²⁵Cf. *supra*.

attributives de compétence ou clauses compromissaires. Dans un contrat international, les intérêts en cause dépassent les seules contingences françaises, et touchent au respect des obligations internationales de la France, notamment en présence de clauses désignant une loi étrangère et ou attribuant compétence à un juge étranger : la loi étrangère s'applique devant le juge étranger compétent, écartant alors l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, au profit de la loi étrangère, aussi légitime que le droit français nous semble-t-il.

Nous citerons alors encore Daniel Mainguy aux arguments de qui nous nous rangeons, une formule employée nous paraissant des plus explicites « *c'est peu dire que les praticiens du droit des contrats, et notamment des contrats internationaux, sont muets de stupéfaction devant cette incertitude jurisprudentielle. C'est typiquement la question qu'une assemblée plénière ou une chambre mixte aurait intérêt à trancher urgemment [l'article dont est issue cette citation est parue en 2011], en tenant compte de l'ensemble de la situation : l'article L. 442-6 est-il une loi de police, d'une part, et la responsabilité qui s'en dégage est-elle une responsabilité qui appelle une réponse radicale, toujours délictuelle ou toujours contractuelle, ou bien relative, tantôt délictuelle tantôt contractuelle ?* »²⁶. Voire, mais c'est le spécialiste de droit de la consommation qui parle ici « *extracontractuelle* » avec un régime encore distinct. Le débat n'est donc pas clos, l'incertitude demeure quant à l'efficacité de ces clauses de litige, et plus généralement du régime des contrats de distribution et des contrats de franchise plus particulièrement²⁷.

²⁶*Ibid.*

²⁷ Posant la question à partir d'une question technique, D. Mainguy, *faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222.

Le contrat de franchise dans la distribution alimentaire

D. Mainguy,

Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier
Directeur du Centre de la consommation et du marché (CDCM UMR-
CNRS 5815 *Dynamiques du droit*).

L'année 2015 sera peut-être une année charnière pour le contrat de franchise, du moins dans la branche de la distribution alimentaire, cinq ans après l'événement considérable que fut l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010¹. En effet, après le « projet Lefebvre » élaboré courant 2011 et abandonné à l'automne 2012, le projet de loi *Macron* s'est, un instant, enrichi, au cours des débats parlementaires, de nouvelles perspectives concernant une réglementation des règles contractuelles de ce secteur. Rien n'est fixé, malgré l'adoption de la loi *Macron* du 6 août 2015 introduisant les nouveaux articles L. 341- 1 et 2 sous le Titre IV du Livre III du Code de commerce « Des réseaux de distribution commerciale », et de l' « avis » de l'Autorité de la concurrence, qui, par nature, ne bénéficie pas de l'autorité de la chose

¹ADLC, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire* : JCP E, 16 décembre 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté; JCP G, 14 février 2011, 177, note N. Dissaux; JCP E, 17 mars 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal; V. également A. Lecourt : RLDA, 2012, n° 67Comp. ADLC, déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2012, comm. n° 43, obs. M. Malaurie-Vignal; D. 2012, p. 577, chron. D. Ferrier – V. également : ADLC, déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2011, comm. n° 114, obs. M. Malaurie-Vignal; RTD com. 2011, p. 528, note E. Claudel; Concurrences 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann ; RLC 2011, n° 27, p. 37, obs. V. Sélinsky.

décidée² et qui appelle d'autres ajustements³, fondés sur des pratiques contractuelles et sociétaires très diverses selon les entreprises, leur histoire, leur organisation voire la « philosophie » entrepreneuriale qu'elles revendiquent, où les désignations sont elles-mêmes très variées, contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'affiliation, contrat d'adhésion, contrat de parrainage, etc.

Or, ce sont ces contrats qui ont fait l'objet de l'avis du 7 décembre 2010 puis des dispositions du projet de loi *Lefebvre* puis du projet de loi *Macron*, pour lesquels on peut envisager la situation (1) et les solutions réponses du droit positif (2).

1. – La situation

a) Situation factuelle. Le paysage concerné est sinon complexe, du moins très varié, et on peut tenter de brosser, rapidement, un tableau de la situation qui commence d'être bien connue. Six grandes « centrales de référencement » (Carrefour, Leclerc, Intermarché, Auchan, Casino, Système U), sont certaines se rapprochent d'ailleurs depuis 2014⁴ sont organisées de manière plus ou moins harmonisées. Certaines sont divisées en unités régionales, aux fonctions diversifiées (contrôle des points de vente, logistique, etc.), d'autres sont nationales, voire internationales. Certaines exercent une activité de « référencement » proprement dite consistant à sélectionner et négocier les offres des différents fournisseurs, c'est-à-dire une activité d'entremise à la manière d'un courtier⁵. D'autres réalisent une activité de commissionnaire à l'achat, d'autres une activité d'achat-revente, avec pour inconvénient l'obligation d'assumer la charge des fonctions d'un vendeur, et devoir conclure des contrats d'approvisionnement exclusif, mais pour avantage

² Cf. Paris, 13 juin 2012, RGn°1010056397, qui rappelle que l'avis de 2010 « est un avis de portée particulièrement générale, qu'il n'a aucune force obligatoire et ne peut être émis que pour l'avenir, dès lors que la loi et la jurisprudence continuent de réaffirmer la parfaite validité de tels droits de préférence ».

³Comp. Avis ADLC n°15-A-06, 31 mars 2015, *relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution*.

⁴ Cf. Avis ADLC n°15-A-06, 31 mars 2015, préc. Par exemple la centrale Système U a confié à Eurochan un mandat de négociation de ses achats ; ITM et EMC distribution (Casino) ont conclu un contrat de coopération ayant pour objet la négociation des achats ; Cora a conclu un contrat de partenariat ayant pour objet son adhésion à la centrale Carrefour

⁵ Cf. Cass. com. 17 mars 2004, n°01-10103, CCC 2004, n°91, obs. L. Leveneur, JCP éd. E, 2004, n°752, obs. D. Mainguy.

de *revendre* et donc de ne pas supporter d'exigence de transparence quant à ses prix d'achat et les divers avantages qu'il aurait pu obtenir et dont il déciderait, ou non, de faire bénéficier ses propres acheteurs. En ce cas, le groupement est, d'un point de vue tarifaire, un écran totalement opaque entre le prix des fournisseurs et le prix d'achat des adhérents ; c'est le groupement, par exemple, qui est créancier, pour leur intégralité, des diverses réductions de prix consenties par les fournisseurs.

La principale distinction observée entre les centrales repose cependant sur ce qu'il est convenu d'appeler la « distribution intégrée » et la « distribution associée ». La « distribution intégrée » concerne les centrales (Carrefour, Auchan, Casino) qui sont en général propriétaires (de manière plus ou moins directe) des points de distribution tandis que la « distribution associée » concerne les centrales (Leclerc, Intermarché, Système U) qui sont en relation avec des points de vente qui sont la propriété de leur exploitant, lequelest par ailleurs « associé », au sens structurel, avec les autres exploitants au sein de la centrale ou d'une autre structure (et réciproquement comme on le verra).

Cette distinction n'est cependant pas très efficace pour décrire les relations de la grande distribution. En effet, elle semble présenter une césure très nette entre des entités, celles de la « distribution intégrée » disposant de relations purement structurelles avec des points de vente envisagées comme des succursales ou des filiales, tandis que les autres, celle de la « distribution associée », auraient des relations purement contractuelle avec des affiliés indépendants. Or, cette césure n'est pas exactement propre à décrire ces groupements. Ainsi, des centrales de la « distribution intégrée » ont des relations purement contractuelles avec des points de vente indépendants, via des contrats de franchise, des contrats « d'affiliation » ou encore des contrats « d'enseigne », notamment parce que ces centrales diversifient leurs activités selon les « formats » de distribution (hypermarchés, supermarchés, distribution de proximité, « hard-discount ») lesquels pour des raisons historiques ou économiques supposent des méthodes différenciées de gestion, ou bien parce que l'opportunité survient de conclure un tel contrat avec un exploitant qui était, auparavant, dans une relation avec une centrale concurrente, par exemple de la « distribution associée ». On verra en outre que la relation entre les centrales de la « distribution associée » n'est pas simplement contractuelle, mais se double d'une relation structurelle par une prise de participation, dans la société exploitant un point de vente, de la centrale et d'autres exploitants.

Une autre forme de distinction repose plus sûrement sur les formes juridiques choisies par les centrales.

Celles de la « distribution associée » se retrouvent dans des organisations complexes, autour d'une ou de plusieurs centrales délocalisées, et formées sous forme de sociétés coopératives, donc des sociétés à capital variable, où l'on retrouve les principes de la coopération (principe d'égalité, principe d'exclusivité, etc.), où chaque coopérateur est en même temps à la tête d'un point de distribution qui lui appartient. Les relations au sein de la « distribution associée » sont donc tout à la fois des relations contractuelles, fondées sur des contrats d'affiliation, et des relations structurelles, d'associés. Dans le même temps, on peut concevoir que la centrale cherche à contrôler, de manière plus ou moins forte, l'activité de l'exploitant, de sorte que certaines centrales développent des logiques structurelles très organisées. Ainsi, dans certains réseaux, l'exploitant personne physique est membre d'une association regroupant les exploitants personnes physiques, tandis que le capital de la société de l'exploitant est organisé de telle manière qu'une partie minoritaire des titres de cette société est détenue par d'autres exploitants, voire par la centrale, alors que le « conseil d'administration » sera composé de ceux-ci et pas toujours de l'exploitant, et qu'enfin « l'affiliation » et les obligations qui en découlent, reposent sur un contrat d'affiliation ou d'enseigne, mais également sur le respect d'un règlement intérieur (de l'association ou de la centrale) dont la pérennité dépend de la détention du capital, de la qualité de dirigeant de son exploitation, et de membre de l'association. Dans d'autres réseaux, l'organisation structurelle peut être plus ou moins intense, et parfois plus ou moins discutable. Par exemple dans l'un de ces réseaux, l'exploitant personne physique doit, outre la gestion de son point de vente, exercer une activité dans le réseau (la centrale ou une entité de production de celle-ci, etc.) ; dans un autre, le propriétaire de la société exploitant le point de distribution est distingué de la société elle-même dans ses relations avec la centrale, etc.

Les formes juridiques de l'organisation de la « distribution intégrée » sont également des structures élaborées, visant à distinguer l'activité de référenceur et l'activité de distributeur, soit par la propriété des points de vente, soit par la gestion des relations contractuelles, franchise ou affiliation, avec les points de vente, dans lesquels la centrale disposera, ou non, d'une participation au capital. Or, une participation minoritaire au capital de la société affiliée ou franchisée pourrait sembler rapprocher ce

type d'organisation avec celles de la « distribution associée », à ceci près que la réciproque n'est pas exacte : les exploitants ne sont pas associés avec la centrale et encore moins dans une structure coopérative.

Ce n'est donc pas l'organisation structurelle ou contractuelle qui distingue, profondément, les deux modèles de distribution mais leur « philosophie », leur histoire, les structures coopératives d'un côté, les structures non coopératives de l'autre.

On peut alors observer à l'inverse que l'un des points communs entre toutes ces organisations repose sur l'existence de relations contractuelles, systématiques ou occasionnelles, entre les centrales et des points de vente, relations qui sont établies sur le modèle du « contrat d'affiliation »⁶ ou du contrat de franchise⁷, mais également sur les relations de type sociétaire qui peuvent être organisées de manière plus ou moins complexe, pour ne pas dire intrusive, voire vicieuse. Celles-ci visent à assurer une forme de maîtrise du point de vente de distribution, plus ou moins intense, plus ou point systématique, et ce pour des raisons connues : la raréfaction des points de distribution du fait de l'accroissement des contraintes juridiques des demandes d'autorisation d'ouverture de tels points, le maillage déjà très important du territoire, de sorte que le point de vente devient une cible, aussi bien la structure sociétaire qui l'exploite, que le fonds de commerce ou bien l'autorisation d'exploiter qui lui est associée (et qui devient une valeur immatérielle majeure).

b) La situation contractuelle. La situation juridique des relations entre les propriétaires d'un point de vente et des centrales repose sur des ensembles de contrats dominés par un contrat qui est soit un contrat de franchise soit un contrat d'affiliation soit une forme dérivée de ces formules (contrat d'enseigne, contrat de partenariat, contrat d'adhésion, etc.).

⁶M.-E. André, *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1991, sp. n°120 s. ; C. Raja, « Le renouveau du contrat d'affiliation », *RTDcom.*, 2014, p. .

⁷B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés, la franchise participative », *JCP*, éd. E, 2012, 1671. Adde Cf. D. Mainguy, « Autopsie d'un puzzle juridique (les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente) », *Mélanges J. Foyer*, 2007, p. 655.

Si la notion de « contrat de franchise » est bien établie, sur la base d'une technique de réitération efficace d'une expérience d'entreprise⁸, la notion d'« affiliation » est une appellation de circonstances, qui n'est d'ailleurs pas propre au secteur du droit de la distribution et qui est étrangère à la logique de « filiation » du droit des sociétés. La convention d'affiliation⁹ est ainsi une convention au contenu variable, dont l'objet est une « affiliation », c'est-à-dire une adhésion à un groupement, ici un groupement à l'achat, qui permet à l'affilié de profiter de la puissance d'achat de la centrale et d'ajouter d'ailleurs, par itération, à celle-ci, tout en empruntant l'essentiel des traits du contrat de franchise : mise à disposition d'une marque et de signes distinctifs, d'un savoir faire en permanente évolution, assistance de l'« affiliant » au profit de l'affilié, etc.. L'affilié de ce groupement peut être un affilié simple, qui profite de l'exécution de la relation entretenue avec le groupement, et *a priori* aucune logique juridique n'impose un lien plus intense, ou bien entretenir une relation plus profonde en ce sens qu'il entend également profiter d'autres éléments, plus structurant, avec le groupement et notamment la mise à disposition de signes distinctifs, un transfert de savoir-faire, etc., dans la logique, alors, d'un contrat de franchise. Cette relation n'est pas d'ailleurs neutre dans la mesure où elle est de nature à créer un risque de dépendance économique¹⁰. Bien souvent d'ailleurs, le modèle d'adhésion à un groupement est conditionné par la conclusion d'un contrat d'affiliation, dans le développement d'une logique de réseau de distribution sous sa marque par la centrale. Ainsi on trouve des réseaux de distribution qui entretiennent des relations d'affiliation simple avec une centrale mais en développant leur propre réseau, au côté du réseau intégré de cette centrale qui entretient alors des relations plus

⁸ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6^e éd., Litec, 2014, n°608 s.

⁹ M.-E. André, *Les contrats de la grande distribution*, préc. C. Raja, « Le renouveau du contrat d'affiliation », préc. Adde D. Mainguy et J.L. Respaud, « A propos du contrat de « commission-affiliation », In *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 705, N. Dissaux, « La commission affiliation, un monstre juridique ? », RTDcom., 2011, p. 33..

¹⁰ Pour l'autorité de la concurrence, par exemple, : « la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait ainsi résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée », Déc. ADLC, n° 10-D-08, 3 mars 2010, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité*, D. 2011, p. 540, note D. Ferrier ; *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 5, p. 18, obs. M. Malaurie-Vignal.

intenses avec ces distributeurs. Certains modèles contractuels associent l'élément « affiliation » et l'élément « approvisionnement », d'autres le dissocient, ce qui est, d'ailleurs l'un des points de difficultés visés par l'avis de 2010 et les projets subséquents.

Pour l'affilié, les avantages sont cependant considérables : il bénéficie d'une marque renommée qui est une condition d'efficacité de son commerce, des tarifs négociés par la centrale, des techniques de promotion et de publicité, et d'une puissance d'attraction des consommateurs considérable, qui peuvent pallier les nombreux inconvénients inhérents à la formule de l'affiliation, dont le respect de *toutes* les méthodes de commercialisation et la dépendance économique qui en résulte, de manière plus ou ostensible, via des contrats de remises, ou d'objectif par exemple. En effet, la pérennité du réseau est, pour la centrale, une condition de survie qui implique, par une série de mécanismes contractuels plus ou moins contraignants, d'assurer la continuité des contrats afin d'éviter que les exploitants ne le quitte, pour rejoindre un autre réseau. Les formules contractuelles sont très variées. Il peut s'agir de formules imposant à l'affilié de préférer le franchiseur ou un associé de la société affiliée à tout autre. La rédaction de ces clauses doit être particulièrement soignée, à la fois pour envisager les débiteurs de préférence, leurs créanciers, mais également l'objet de la préférence (le fonds de commerce, le contrat d'affiliation ou d'enseigne, les titres, etc.), et les opérations visées. Il peut s'agir de formules de préemption assurant une liberté de céder les titres de la société exploitant le point de vente, mais assurant au créancier de préemption (le franchiseur) la faculté de se substituer au destinataire de l'offre formalisée. Dans de nombreux contrats, en outre, le mécanisme de préférence ou de préemption voit ses effets se maintenir dans le temps après la fin du contrat.

Les difficultés d'application sont considérables, notamment dans le litige qui, inmanquablement, opposera le franchiseur et l'affilié sur l'appréciation du respect des conditions d'application de la clause, voire avec le tiers à qui le franchiseur reprochera d'avoir été le tiers-complice de cette inexécution supposée. La première de ces difficultés repose sur la compatibilité entre l'offre formalisée par le tiers et l'organisation du réseau par le franchiseur, notamment lorsqu'une clause de préemption offre la possibilité au préempteur de se substituer « à conditions et prix égaux », identifiant le problème dit de la « pilule empoisonnée ». Ce peut arriver notamment lorsque l'affilié est dans une relation contractuelle particulière avec le réseau auquel il appartenait et que l'offre du tiers

implique une organisation tellement différente que le créancier de préemption ou de préférence ne peut y faire face, par exemple lors du passage d'une situation où le franchiseur est dans simple relation contractuelle avec l'affilié vers un réseau de type coopératif ou de gérance-mandataire, quand bien même on ne voit pas très bien en quoi le créancier de préférence peut être concerné par cette organisation tierce.

Une deuxième difficulté repose, lorsque le mécanisme conventionnel est efficacement mis en œuvre, sur la détermination du prix de cession des titres. Outre les hypothèses de techniques de détermination discutable de ce prix, les mécanismes conventionnels organisent très souvent des formules permettant au créancier de préemption ou de préférence de proposer un prix différent ou de faire appel à une expertise, sur le fondement des règles du droit des contrats, via le recours à l'article 1592 du Code civil qui assure la faculté pour les parties de désigner un expert ou sur celui du droit des sociétés, via le recours à l'article 1843-4 du Code civil¹¹ et la possibilité pour les parties de demander la désignation d'un expert par le juge. En 2006, une série d'arrêts avait condamné la stipulation par laquelle un expert était désigné par la clause et définissait la méthode d'évaluation du prix par l'annulation des contrats conclus du fait de l'indétermination du prix résultant de l'application de la clause¹².

¹¹ Avant l'ordonnance du 31 juill. 2014, l'article 1843-4 du Code civil disposait que « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ». Il dispose depuis que « I.- Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.

II.- Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

¹²Cass. com. 19 déc. 2006, n°05-10197, 05-10198, 05-10199, 03-21042, JCP, éd. E, 2007, 1348, obs. D. Mainguy. Adde D. Mainguy, « Autopsie d'un puzzle juridique », *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 655. Comp. Cass. com. 7 janv. 2004, n°00-11692 : « mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient que les conventions entre actionnaires sont valables lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impératives des statuts ou à l'intérêt social ; que l'objet du pacte du octobre 1993 en cas de projet de cession à des tiers de l'un des actionnaires est d'instituer une procédure permettant d'accorder la

c) **La situation sociétaire** identifie plusieurs situations distinctes, que Bruno Dondero désigne comme celles la « franchise participative »¹³ et qui est une figure ordinaire de l'organisation de la distribution alimentaire.

Dans une situation que l'on pourrait considérer comme *minimale*, le franchiseur dispose d'une participation minoritaire dans la société du franchisé par exemple pour permettre la constitution d'un compte courant d'associé, pour aider le franchisé dans le montage financier de son entreprise, ou encore pour contrôler les flux financiers et disposer d'un droit de regard sur les comptes, voire parce que le franchiseur a constitué une société franchisée, ou a acquis les titres de celle-ci, puis l'a cédée ensuite¹⁴.

Dans le domaine du « commerce associé », la situation est plus complexe. Le titulaire de l'enseigne, ou bien, plus souvent, la centrale de référencement (souvent sous la forme d'une société coopérative dont le propriétaire des titres de la société exploitant le point de vente est associé) ou encore les propriétaires des titres d'autres sociétés du réseau, participent, de manière symbolique au capital de la société, une SAS le plus souvent, qui exploite un point de distribution. L'intérêt de cette organisation est d'une part de permettre de disposer des informations financières et comptables de la société mais également, et peut-être surtout, d'insérer des clauses particulières dans les statuts de la société affiliée (et éventuellement réitérées dans le contrat d'affiliation). Ce peut-être l'organisation d'une sorte de « conseil de gérance » qui désigne le

préférence aux autres actionnaires sans porter préjudice à la libre négociabilité des actions à un prix, soit convenu conventionnellement entre les parties, soit, à défaut, déterminé à dire d'expert choisi sur une liste agréée par elles, et n'est pas contraire à l'ordre public, ni aux dispositions statutaires auxquelles le pacte fait expressément référence, en particulier à la clause d'agrément et de préemption régie par l'article 12 des statuts,, ni à l'intérêt social, qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel qui n'avait pas d'autres recherches à faire, a pu statuer comme elle a fait ».

¹³ B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », JCP, éd. E, 2012, 1671. Adde B. Dondero, note sous Cass. com. 30 mai 2012, n°11-18024, JCP, éd. E, 2012, 1641, D. Davodet, V. Mars et P. Raso, « Réseaux de distribution et collaboration sociétaire », Journ. sp. sociétés, n°99, juin 2012, p. 18.

¹⁴ Sur les dangers liés au contrôle par le franchiseur de la société franchisée, v. B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », préc., sp. n°22 et que l'on peut identifier à travers des clauses qui imposeraient l'unanimité des associés en cas de désignation du dirigeant, ou de cession du fonds voire de résiliation du contrat d'enseigne (et. Comp. Cass. com. 30 mai 2012, préc.).

président de la société (et alors parfois que le propriétaire majoritaire des titres, désigné président, n'en fait pas partie), ou bien des formules de préemption, de préférence, d'option, de promesse, etc. assurant aux associés la faculté d'acquérir, par préférence ou par substitution, les titres de la société affiliée si leur propriétaire envisageait de ces céder, souvent en critiquant le prix, impliquant la mise en œuvre d'une mesure d'expertise, sur le fondement de l'article 1592 ou de l'article 1843-4 du Code civil, déclenchant ce faisant le débat, tranché par la loi en 2014, sur la portée de ces deux mécanismes.

d) Situation concurrentielle. Or, c'est la balance entre les avantages et les inconvénients produits par ces aménagements contractuels et sociétaires, dans le contexte factuel existant et, par conséquent, le taux de contrainte pesant sur le distributeur, qui justifie la « préoccupation » de concurrence qui, peut, très éventuellement, être soulevée. Très éventuellement parce que, en dépit de l'avis du 7 décembre 2010 et de l'*a priori* très défavorable sur certaines clauses ou mécanismes contractuels à l'origine de ces contraintes exagérées, les conséquences juridiques réelles sont finalement très faibles sur les promoteurs et bénéficiaires de ces contraintes.

La situation concurrentielle est cependant particulièrement tendue, du fait de la concentration observée depuis des années entre les groupes de distribution qui, par ailleurs, tissent en France un réseau très dense de distribution, et encore renforcé en 2014 par les rapprochements entre ces groupes. Il en résulte nombre de difficultés dans les relations, classiques, entre ces groupes et les fournisseurs, dans un contexte de « guerre des prix », très médiatisé voire très politique parce que considéré comme synonyme d'amélioration du « pouvoir d'achat » des consommateurs.

En revanche, l'examen de cette situation est plus rarement envisagé dans les rapports entre les centrales de distribution et leurs affiliés alors même que la « maîtrise » de ces points de distribution (à supposer qu'ils ne soient pas la propriété de ces centrales) implique l'utilisation de techniques contractuelles et sociétaires qui peuvent être examinées sous le double jour de l'analyse contractuelle, selon des logiques relevant de l'équilibre des relations, voire de l'intégrité ou de la transparence d'un consentement obtenu, et éventuellement renforcé à partir d'une analyse concurrentielle de ces mêmes situations.

Si l'on s'en tient à la situation décrite par l'avis de l'autorité de la concurrence du 7 décembre 2010, dans lequel elle a tenté d'analyser et d'évaluer ces techniques contractuelles et leur éventuelle portée anticoncurrentielle. Il ne s'agit donc pas d'une analyse fondée sur la validité des clauses selon des critères propres au droit des contrats, mais selon les techniques et méthodes du droit de la concurrence. Plusieurs de ces techniques ont retenu l'attention de l'Autorité de la concurrence, en tant qu'elles pourraient être considérées comme un obstacle à la possibilité pour le distributeur de changer d'enseigne, une fois le contrat achevé ou résilié, plus ou moins régulièrement d'ailleurs. En d'autres termes, l'Autorité de la concurrence a cherché à vérifier si les contrats d'affiliation et les conventions qui les entourent ne sont pas de nature à établir des barrières artificielles et exagérées, ou anticoncurrentielles, à la mobilité des distributeurs.

La durée des contrats, en premier, est considérée comme souvent trop longue. En pratique, les contrats d'affiliation ou d'enseigne sont conclus soit pour des durées déterminées, c'est le cas général, soit pour des durées indéterminées, notamment dans certains réseaux du « commerce associé » et ce quand bien même ces contrats seraient associés à des engagements d'exclusivité ou de priorité d'approvisionnement. Cette association est d'ailleurs de nature à accroître la situation de dépendance du distributeur¹⁵.

C'est également le cas des pénalités dues par le distributeur en cas de rupture, qui sont parfois calculées sur la base d'un droit d'entrée différé à la sortie, calculé sur le chiffre d'affaires réalisé, et qui croît avec la durée d'exécution du contrat : plus la durée est longue est plus coûteux est alors le choix de mettre fin au contrat d'affiliation pour choisir un nouveau réseau.

C'est encore le cas des clauses de non concurrence ou de non-réaffiliation qui font, pour les premières obstacles à l'exploitation du fonds pendant la durée de l'obligation (une année *a priori* si les règles du RECN°330-2010 s'appliquent), ou qui, pour les secondes, empêchent le distributeur de l'exploiter en s'affiliant à un réseau concurrent, ce qui revient pratiquement au même.

¹⁵ Cf. S. Bros, « Les contrats interdépendants : actualités et perspectives », D. 2009, 960.

Enfin, les clauses qui « limitent » les possibilités pour l'affilié de céder leur entreprise, quelle que soit la forme de cette « cession », à des tiers, sont spécifiquement visées, notamment celles déjà observées. Pour l'autorité de la concurrence, ces mécanismes conventionnels exercent une contrainte économique sur l'affilié qui ne dispose pas de la liberté de céder son entreprise dans les conditions qu'il aurait décidé, et aboutissent à créer une « *asymétrie dans la négociation du rachat de ces magasins affiliés en lui [la tête de réseau] de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins rachetés par des concurrents* »¹⁶ outre le fait qu'ils permettent à la tête de réseau de bénéficier d'un avantage concurrentiel considérable en connaissant les offres faites par le tiers acquéreur et d'y faire obstacle en anticipant celle-ci et en faisant jouer le mécanisme de priorité ou de préemption¹⁷.

Tous ces points ne sont pas uniformément observés : certains réseaux, par exemple, proposent des contrats à durée indéterminée, permettant donc en principe à l'affilié de mettre fin à tout moment, et des contrats ne comportant pas de pénalités ou de droit d'entrée reportés, mais pratiquement tous contiennent, sous des formes variées des mécanismes de préemption, de préférence, de priorité ou de promesse.

En revanche, l'analyse proposée par l'avis de la concurrence, en 2010 était particulièrement claire ; elle aurait pu aboutir à un certain nombre de réponses, lesquelles tardent à venir.

II. Les réponses ?

Les réponses juridiques à ces situations sont finalement assez faibles, notamment si on considère que l'analyse concurrentielle proposée par l'autorité de la concurrence n'est guère discutable.

En premier, l'avis de l'Autorité de la concurrence ne dispose pas de l'autorité « jurisprudentielle » attachée à une décision de celle-ci : il s'agit d'un simple avis, non obligatoire. Pourtant cet avis existe, ses conclusions sont « vraies » (au sens où elles existent, où elles sont juridiquement posées), claires, y compris dans la détermination de ses effets anticoncurrentiels, et il n'est interdit de penser que l'Autorité avait peut-être songé au fait que les juridictions chargées de trancher des litiges auraient pu utiliser ses conclusions pour en tirer des conséquences pour

¹⁶ Avis ADLC n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc., pt. 172.

¹⁷ Avis ADLC n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc., pt. 109.

condamner, civilement, certaines de ces clauses. Tel n'a jamais, à notre connaissance été le cas, quand bien même les avocats des distributeurs disent utiliser systématiquement, mais en vain, cet argument¹⁸.

Le législateur a également été saisi, par deux fois, de projets visant à poser une réglementation particulière de ces contrats, en 2011 avec le projet « *Lefebvre* », et en 2015 avec le projet de la loi « *Macron* » sur la croissance et l'activité qui, au cours de la discussion devant l'Assemblée parlementaire s'est enrichi de dispositions en ce sens.

Le projet *Lefebvre* notamment proposait d'introduire un Titre IV dans le Livre III du Code de commerce, pour tenter de traiter, *a minima* sans doute, l'essentiel des points relevés par l'Autorité de la concurrence. Par exemple, le projet de loi prévoyait que « toute stipulation comprise dans un contrat conclu entre les deux parties faisant obstacle à la mise en jeu des stipulations énoncées par ladite convention est réputée non écrite » mais en outre qu'« il ne peut être dérogé par voie contractuelle à ses stipulations que par modification de cette même convention »¹⁹ : la convention d'affiliation aurait primé les stipulations des autres contrats conclus par les parties, dont des dispositions statutaires ou de conventions annexes. De même le projet d'article L. 340-1, II envisageait un contrat écrit unique et obligatoire pour le commerce alimentaire avec une remise du projet deux mois avant sa signature parallèle avec les dispositions de la loi Doubin. De même, la durée de ces contrats était limitée à six ans, les clauses compromissaires et l'organisation d'un droit d'entrée étaient interdites. Dans le même esprit, le projet envisageait d'interdire ou de limiter les clauses de non concurrence mais encore les clauses organisant un droit de préférence ou de préemption portant sur les immeubles, les titres sociaux ou sur le fonds de commerce au bénéfice de la société en relation avec l'affilié ou bien au profit d'un tiers en relation contractuelle avec ce dernier.

Adopté en première lecture par l'Assemblée nationale puis amendé par le Sénat en 2011, le projet a été « abandonné », non sans qu'il ait fait l'objet de critiques importantes²⁰ où les termes de « dirigisme contractuel »,

¹⁸Cf. Paris, 13 juin 2012, RG n°1010056397, préc.

¹⁹ C. com. Projet, Art. L. 340-1, I, art. L. 340-6.

²⁰ Cf. M. Malaurie-Vignal, « La convention d'affiliation : adoption du projet de loi Lefebvre par le Sénat », D. 2012, p. 85, N. Dissaux, « Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire » JCP éd. E, 2011, 177, D. Mazeaud et Th. Revet, éditorial in RDC 2011, p. 391, D. Ferrier, obs. in D. 2012, p. 577.

« tempête », « imprécision », « inutile », « inadapté », « inefficacité », etc., entraînent en compétition pour mieux étriller un projet qui, sans que toute critique ne soit méritée, avait le seul mérite d'exister et de tenter de répondre à l'invitation faite par l'Autorité de la concurrence.

La loi *sur la croissance et l'activité*, dite « *Macron* » enrichie de dispositions voisines se limite à intégrer un Titre IV « *Des réseaux de distribution commerciale* » comprenant les articles L. 341-1 et 2 dans le Code de commerce. Le premier impose, de manière confuse, une indivisibilité légale des contrats par lesquels une personne met « *à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, au moins un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation d'un de ces magasins et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale* » outre le fait qu'ils ont alors « *une échéance commune* ». Le second répute non écrite « *toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant* ». S'il ne fait guère de doute que tous les contrats d'adhésion, d'enseigne, de franchise, peu importe leur désignation, pour autant qu'ils assurent contractuellement l'exploitation d'un point de vente de distribution alimentaire, et donc les contrats de la grande distribution alimentaire, il reste de nombreuses discussions à venir sur le champ visé par les clauses réputées non écrites. Il semble que le sort des clauses de non concurrence ou de non-réaffiliation soit scellées, avec les réserves de la suite de l'article L. 341-2. En revanche celui des clauses de préemption demeure, car il faudra démontrer qu'elles restreignent la liberté d'exercice de l'activité commerciale d'un exploitant.

Face à ces tentatives, la question se pose de savoir si les outils existant, outre l'hypothèse de la saisine de l'Autorité dans un cas contentieux et dans le cadre de l'interprétation de l'article L. 341-2 du Code de commerce, sont utiles, quand bien même ils auraient, jusqu'à présent, été globalement inefficaces.

Par exemple, la cour de cassation a considéré en 2011 qu'un contrat de franchise et un contrat d'approvisionnement pouvaient être considérés comme indivisibles, de sorte que la fin de l'un emporte la caducité de l'autre²¹.

²¹ Cass. com. 12 juill. 2011, RDC 2012, p. 531, note C. Grimaldi.

Par ailleurs, nous avons déjà signalé le cas de l'arrêt de la Chambre commerciale du 30 mai 2012 qui avait censuré un arrêt d'appel qui n'avait pas pris en compte la prétention, demandée, de savoir si l'organisation conventionnelle d'affiliation n'était pas anticoncurrentielle. En revanche, la jurisprudence n'a jamais, à notre connaissance, traité directement la question de l'éventuel caractère anticoncurrentiel des clauses de sortie, par exemple par analogie avec l'affaire dite des « cuves »²², ou, sans entrer dans le détail connu de cette affaire, la position des juridictions appliquant les règles de droit des contrats aboutissait à mettre en œuvre les clauses de restitution en nature des cuves prêtées aux exploitants de station-service, sans que les notions d'abus ou d'exécution de bonne foi puissent l'empêcher, tandis que le renfort de l'analyse concurrentielle aboutissait à renverser cette position, au nom du caractère anticoncurrentiel, ici reconnu par une décision du Conseil de la concurrence, de ces mécanismes qui avaient pour effet de faire obstacle à la mobilité des exploitants d'une station-service.

On peut cependant signaler l'arrêt récent du 4 novembre 2014²³, dans la même ligne que l'arrêt précédent de 2012. Dans cet arrêt, était en jeu la substitution, ordonnée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, de la société Carrefour Proximité France dans les droits de la société Casino qui avait acquis le fonds de commerce d'un distributeur franchisé, malgré un dispositif conventionnel prévoyant un « *droit de première offre et de préférence* » au profit du franchiseur (Carrefour). Or, la Cour de cassation décidait d'appliquer les articles L. 420-1 et L. 420-3 du Code de commerce, explicitant son visa de la façon suivante : « *Attendu qu'est prohibée, et partant nulle, toute clause contractuelle ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elle tend à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* » pour décider que « *Attendu que pour rejeter la demande de la société X... tendant à voir prononcer la nullité, en raison de son effet anticoncurrentiel, du pacte de préférence assortissant le contrat de franchise et ordonner la substitution de la société Casino dans les droits de la société Carrefour dans la cession du fonds de commerce, l'arrêt se borne à retenir que si, conformément à l'avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence, l'expression d'une préférence dans le droit des contrats commerciaux doit être strictement limitée au regard des dispositions relatives à la libre concurrence et à la sanction des pratiques*

²²Comp. D. Mainguy, « Autopsie d'un puzzle juridique », préc.

²³Cass. com. 4 nov. 2014, n°12-25419.

*anticoncurrentielles, le pacte de préférence ne peut être considéré comme une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où seule la liberté de choisir son cocontractant est affectée par le pacte et où il n'oblige pas les parties à conclure le contrat pour lequel la préférence est donnée, le cédant n'étant pas obligé de céder son bien et le bénéficiaire n'étant pas obligé de l'acquérir ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la stipulation, dans les contrats de franchise consentis par la société Carrefour, d'un droit de préférence à son profit, valable pendant toute la durée du contrat et un an après son échéance, n'avait pas pour effet, en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents, de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché du détail de la distribution à dominante alimentaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». L'arrêt n'est pas décisif, d'une part parce qu'il s'agit d'un arrêt non publié, mais encore parce qu'il s'agit, comme l'arrêt du 30 mai 2012, d'un arrêt invitant la Cour de renvoi à analyser le caractère éventuellement anticoncurrentiel de la clause, et enfin parce que l'Autorité de la concurrence avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur les contrats conclu par Carrefour dans sa décisions « *Marcadet* »²⁴. Or dans cette affaire, l'Autorité, appelée à se prononcer sur la conformité concurrentielle de ce contrat, avait relevé diverses difficultés, dont une clause de non réaffiliation et de non concurrence, une durée de six ans, un droit d'entrée différé, et un dispositif de priorité contractuelle appelé à se poursuivre au-delà de la fin du contrat. Or l'Autorité avait validé les engagements pris par la société Carrefour, y compris la clause de priorité, en tant que celle-ci était limitée à la durée d'efficacité du contrat, mais validait donc la clause de priorité ainsi prévue qu'elle considérait comme répondant aux préoccupations de concurrence et était « *compatible avec l'analyse menée par l'Autorité dans son avis 10-A-26 (...)* »²⁵.*

Pour conclure, il est évident que les contrats de franchise, ou d'affiliation ou d'enseigne, tels qu'existant dans la distribution alimentaire notamment sont sur la sellette ; on doit constater, cependant, que la jurisprudence demeure curieusement timide de sorte que c'est essentiellement une réforme législative qui permettrait un changement, à le supposer nécessaire, étant entendu que l'on peut douter que la réforme attendue du droit des contrats pour 2015 n'apportera sans doute pas d'outils décisifs, sauf peut-être la considération de ces clauses comme instituant un « déséquilibre significatif » au sens de l'article 1169 projeté du Code civil.

²⁴ Déc. ADLC, 11-D-20, 16 déc. 2011.

²⁵ Déc. ADLC, 11-D-20, 16 déc. 2011, pt. 69 et 70.

ANNEXES

(Législation et jurisprudence)

Législation

Législation française

Code de commerce

C. com. art. L. 134-1

L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale.

Ne relèvent pas des dispositions du présent chapitre les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières.

C. com. art. L. 146-1

Les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité.

La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat.

Le gérant-mandataire est immatriculé au registre du commerce et des sociétés et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Le contrat est mentionné à ce registre ou à ce répertoire et fait l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux professions régies par le chapitre II du titre VIII du livre VII du code du travail.

C. com. art. L. 330-1

Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur.

C. com. art. L. 330-2

Lorsque le contrat comportant la clause d'exclusivité mentionnée à l'article L. 330-1 est suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat.

C. com. art. L. 330-3

Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent.

C. com. art. R. 330-1

Le document prévu au premier alinéa de l'article L. 330-3 contient les informations suivantes :

1° L'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale ; le cas échéant, le montant du capital ;

2° Les mentions visées aux 1° et 2° de l'article R. 123-237 ou le numéro d'inscription au répertoire des métiers ainsi que la date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des

marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie ;

3° La ou les domiciliations bancaires de l'entreprise. Cette information peut être limitée aux cinq principales domiciliations bancaires ;

4° La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants.

Les informations mentionnées à l'alinéa précédent peuvent ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document. Elles doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché.

Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les rapports établis au titre des deux derniers exercices en application du III de l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier ;

5° Une présentation du réseau d'exploitants qui comporte :

a) La liste des entreprises qui en font partie avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu ;

b) L'adresse des entreprises établies en France avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée ; la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats est précisée ;

Lorsque le réseau compte plus de cinquante exploitants, les informations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont exigées que pour les cinquante entreprises les plus proches du lieu de l'exploitation envisagée ;

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé ;

d) S'il y a lieu, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci ;

6° L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

Le document précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation.

Cass. com., art. L. 341-1.

L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, au moins un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation d'un de ces magasins et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.

La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.

Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative.

Cass. com., art. L. 341-2

I. – Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

II. – Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.

C. com. art. L. 442-6

I.- 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 :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel

avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° (Abrogé) ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ;

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation ;

11° D'annoncer des prix hors des lieux de vente, pour un fruit ou légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L. 441-2 du présent code ;

12° De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.

II.- Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III.- L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directory de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

IV.-Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

Code du travail

C. trav. art. L. 7321-2

Est gérant de succursale toute personne :

1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;

2° Dont la profession consiste essentiellement :

a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ;

b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise.

Réglementation européenne

Règlement (UE) n°330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (EXTRAITS)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement no 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées [1], et notamment son article 1er,

après publication d'un projet du présent règlement,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

(1) En vertu du règlement no 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [**] à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

(2) Le règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées [3] définit une catégorie d'accords verticaux dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Eu égard aux résultats globalement positifs de l'application de ce règlement, qui expire le 31 mai 2010, et à l'expérience supplémentaire acquise depuis son adoption, il y a lieu d'adopter un nouveau règlement d'exemption par catégorie.

(3) La catégorie d'accords dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme "accords verticaux" doit inclure les pratiques concertées correspondantes.

(4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité par voie de règlement, de définir les accords verticaux susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité. L'évaluation individuelle d'accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité exige la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment la structure de marché du côté de l'offre et de la demande.

(5) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement aux accords verticaux dont on peut présumer avec

suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.

(6) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.

(7) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence que celles-ci doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens et de services que les clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

(8) On peut présumer, lorsque la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30%, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions graves de concurrence ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages qui en résultent.

(9) Au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, il n'est pas possible de présumer que les accords verticaux relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité entraînent généralement des avantages objectifs de nature et de taille à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence. En même temps, ces accords verticaux ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.

(10) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficacité. En particulier, les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées.

(11) Afin de garantir l'accès au marché en cause ou de prévenir toute collusion sur ce marché, l'exemption par catégorie doit être subordonnée à certaines conditions. À cette fin, l'exemption des obligations de non-concurrence doit être limitée à celles qui ne dépassent pas une certaine durée. Pour les mêmes raisons, toute obligation directe ou indirecte imposant aux membres d'un système de distribution sélective l'obligation de ne pas vendre les marques de certains fournisseurs concurrents doit être exclue du bénéfice du présent règlement.

(12) Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords verticaux de l'exemption prévue par le présent règlement ainsi que les conditions auxquelles celui-ci subordonne l'exemption font normalement en sorte que les accords auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donnent pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

(13) Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [4], la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité.

(14) L'autorité de concurrence d'un État membre peut, en vertu de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) no 1/2003, retirer le bénéfice de l'application du présent règlement pour l'ensemble ou pour une partie du territoire d'un État membre, si dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur l'ensemble ou sur une partie du territoire de cet État membre et lorsque ce territoire présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct.

(15) Pour déterminer si le bénéfice de l'application du présent règlement doit être retiré en vertu de l'article 29 du règlement (CE) no 1/2003, les effets anti-concurrentiels qui peuvent résulter de l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès à un marché en cause ou la concurrence à l'intérieur de celui-ci, sont particulièrement importants. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de la distribution sélective ou des obligations de non concurrence.

(16) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets anti-concurrentiels similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut, par voie de règlement, déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché en cause, restaurant ainsi la pleine application de l'article 101 du traité à l'égard de ces accords,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier. Définitions

1. Aux fins du présent règlement, on entend par:

- a) "accord vertical", un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
- b) "restriction verticale", une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité;

c) "entreprise concurrente", un concurrent actuel ou potentiel; "concurrent actuel", une entreprise présente sur le même marché en cause; "concurrent potentiel", une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs;

d) "obligation de non-concurrence", toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;

e) "système de distribution sélective", un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;

f) "droits de propriété intellectuelle", les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins;

g) "savoir-faire", un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité;

h) "acheteur", entre autres, une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise;

i) "client de l'acheteur", une entreprise non partie à l'accord qui achète les biens ou services contractuels à un acheteur partie à l'accord.

2. Aux fins du présent règlement, les termes "entreprise", "fournisseur" et "acheteur" comprennent leurs entreprises liées respectives.

Sont considérées comme "entreprises liées":

a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose, directement ou indirectement:

i) de plus de la moitié des droits de vote, ou

- ii) du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou
- iii) du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
- b) les entreprises qui, dans une entreprise partie à l'accord, disposent, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- d) les entreprises dans lesquelles une entreprise partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c), ou dans lesquelles deux ou plus de deux de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- e) les entreprises dans lesquelles les droits ou les pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:
 - i) des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d), ou
 - ii) une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs des entreprises qui leur sont liées visées aux points a) à d) et un ou plusieurs tiers.

Article 2. Exemption

1. Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales.

2. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique qu'aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres sont détaillants de biens et sous réserve qu'aucun des membres individuels de cette association, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros. Les accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 101 du traité aux accords horizontaux conclus par les membres de l'association et aux décisions adoptées par l'association.

3. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, ces dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement.

4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. Toutefois, l'exemption s'applique

lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que

b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

5. Le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit.

Article 3. Seuil de part de marché

1. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

2. Aux fins du paragraphe 1, lorsque, aux termes d'un accord multipartite, une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord, la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché prévu dans ce paragraphe, en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption prévue à l'article 2 s'applique.

Article 4. Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie — restrictions caractérisées

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet:

a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;

b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de:

i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur,

ii) restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché,

iii) restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, et

- iv) restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
- e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.

Article 5. Restrictions exclues

1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:

- a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans;
- b) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Aux fins du premier alinéa du paragraphe 1, point a), une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

2. Par dérogation au paragraphe 1, point a), la limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur.

3. Par dérogation au paragraphe 1, point b), l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies:

- a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels;
- b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat;

c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur;

d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Le paragraphe 1, point b), ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.

(...)

Communication de la Commission européenne du 10 mai 2010. Lignes directrices sur les restrictions verticales, SEC(2010)411 final (extraits)

I- INTRODUCTION

1. Objet des présentes lignes directrices

(1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ci-après «l'article 101»)²⁶. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées²⁷ (ci-après «le règlement d'exemption par catégorie») définit la notion d'«accord vertical» (voir les points 24 à 46). Les présentes lignes directrices ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «l'article 102») aux accords verticaux. La structure des présentes lignes directrices est la suivante:

la section II (points 8 à 22) décrit les accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1;

la section III (points 23 à 73) précise les conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie,

la section IV (points 74 à 85) expose les principes qui régissent le retrait de l'exemption et l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie;

* A compter du 1^{er} décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE sont devenus respectivement les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»). Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente communication, les références faites aux articles 101 et 102 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 81 et 82 du traité CE. Le TFUE a également introduit certaines modifications de terminologie, telles que le remplacement de «Communauté» par «Union» et de «marché commun» par «marché intérieur». La terminologie du TFUE est utilisée dans les présentes lignes directrices.

²⁶Les présentes lignes directrices remplacent la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales» (JO C 291 du 13.10.2000, p. 1).

²⁷JO L 102 du 23.4.2010, p. 1.

la section V (points 86 à 95) donne des orientations sur la définition du marché en cause et le calcul des parts de marché;

la section VI (points 96 à 229) décrit le cadre général d'analyse et la politique que la Commission entend suivre pour l'application des règles de concurrence aux cas individuels d'accords verticaux.

(2) Dans les présentes lignes directrices, l'analyse est applicable tant aux biens qu'aux services, même si certaines restrictions verticales se pratiquent surtout dans la distribution des biens. En outre, les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services intermédiaires comme sur des biens et services finals. Sauf indication contraire, l'analyse et les arguments développés dans les présentes lignes directrices s'appliquent à tous les types de biens et de services et à tous les stades du commerce. La notion de «produits» englobe donc à la fois les biens et les services. Les notions de «fournisseur» et d'«acheteur» sont utilisées pour tous les stades du commerce. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords conclus avec les consommateurs finals lorsque ceux-ci ne sont pas des entreprises, étant donné que l'article 101 ne s'applique qu'aux accords entre entreprises.

(3) La Commission publie les présentes lignes directrices afin d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence de l'UE. Les critères qui y sont exposés ne peuvent être appliqués mécaniquement, mais en tenant dûment compte des circonstances propres à chaque cas. Chaque cas doit être apprécié à la lumière des faits qui lui sont propres.

(4) Les présentes lignes directrices sont sans préjudice de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'application de l'article 101 aux accords verticaux. La Commission continuera à évaluer l'application du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur la base d'informations concernant le marché venant des intéressés et des autorités nationales de la concurrence et peut réviser la présente communication à la lumière de développements futurs et de l'état de ses connaissances.

2. Applicabilité de l'article 101 aux accords verticaux

(5) L'article 101 s'applique aux accords verticaux qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence (ci-après «restrictions verticales») ²⁸. L'article 101 fournit un cadre juridique pour l'appréciation des restrictions verticales, qui tient compte de la distinction entre les effets anticoncurrentiels et les effets favorables à la concurrence. L'article 101, paragraphe 1, interdit les accords qui restreignent ou faussent sensiblement la concurrence, tandis que

²⁸Voir, entre autres, les arrêts de la Cour de justice du 13 juillet 1966, *Grundig-Consten/Commission* (affaires jointes 56/64 et 58/64, Recueil 1966, p. 429) et du 30 juin 1966, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm* (56/65, Recueil 1966, p. 337), et l'arrêt du Tribunal du 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission* (T-77/92, Recueil 1994, p. II-549).

l'article 101, paragraphe 3, accorde une exemption aux accords qui produisent des avantages suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels²⁹.

(6) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels.

(7) L'article 101 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords (en l'espèce, à des accords verticaux) pour restreindre la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs. L'examen des restrictions verticales est aussi important dans le contexte de l'objectif plus large de réalisation d'un marché intérieur intégré. L'intégration des marchés renforce la concurrence dans l'Union européenne. Les entreprises ne devraient pas pouvoir recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.

(...)

2. Contrats d'agence

2.1 Définition

(12) Un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de:

l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant.

(13) Le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné³⁰. À cet égard, le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou de plusieurs commettants est sans incidence, de même que la qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale.

(14) Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101,

²⁹Voir la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97), qui expose la méthode générale de la Commission et l'interprétation que celle-ci donne aux conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, et en particulier de l'article 101, paragraphe 3.

³⁰Voir l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, *Daimler Chrysler AG/Commission*, (T-325/01, Recueil 2005, p. II-3319), et les arrêts de la Cour de justice du 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, (C-217/05, Recueil 2006, p. I-11987) et du 11 septembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, (C-279/06, Recueil 2008, p. I-6681).

paragraphe 1. Premièrement les risques propres à chaque contrat, qui sont directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks. Deuxièmement, les risques liés aux investissements propres au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables, ce qui signifie que lors de l'abandon du domaine d'activité considéré, ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes. Troisièmement, les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques.

(15) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation.

(16) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, un accord sera donc généralement considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels et qu'il:

- a) ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou des services contractuels, y compris les coûts de transport des biens. Cela n'empêche pas l'agent d'effectuer le service de transport, sous réserve que les coûts soient couverts par le commettant;
- b) ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks, et peut retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins que sa responsabilité pour faute ne soit engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité suffisantes pour empêcher cette perte);
- c) n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu (responsabilité du fait des produits), sauf si sa responsabilité pour faute est engagée à cet égard;
- d) n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf si sa responsabilité pour faute est engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes ou de mesures raisonnables pour signaler un vol au commettant ou à la police, ou pour ne pas avoir communiqué au

commettant toute information en sa possession concernant la fiabilité financière du client);

e) n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, telles qu'une contribution au budget publicitaire du commettant;

f) ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel (par exemple, dans un réservoir d'essence pour la vente au détail de carburant ou dans un logiciel spécialisé pour la vente de polices d'assurance dans le cas d'agents d'assurance), sauf si ces coûts lui sont intégralement remboursés par le commettant;

g) ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant, sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier.

(17) Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points (14), (15) et (16), l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence. La question du risque doit être analysée cas par cas et en tenant compte de la réalité économique plutôt que de la forme juridique. Pour des raisons pratiques, l'analyse de risque peut débiter par l'appréciation des risques propres au contrat. Le fait que ces risques soient supportés par l'agent suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant. Au contraire, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse et d'apprécier les risques liés aux investissements propres au marché. Enfin, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat ni des risques liés aux investissements propres au marché, il y a lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits.

2.2 Application de l'article 101, paragraphe 1, aux contrats d'agence

(18) Dans le cas des contrats d'agence définis à la section 2.1, la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant. Le commettant supportant les risques commerciaux et financiers liés à la vente et à l'achat des biens ou des services contractuels, aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1. Les obligations suivantes qui pèsent sur l'agent sont considérées comme inhérentes à un contrat d'agence, dans la mesure où chacune d'elles est liée à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale:

a) limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre ces biens ou services,

b) limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre ces biens ou services,

c) prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter ces biens ou services.

(19) En plus de stipuler les conditions de vente ou d'achat par l'agent des biens ou services contractuels pour le compte du commettant, un contrat d'agence contient souvent des dispositions concernant les relations entre l'agent et le commettant. En particulier, il peut contenir une disposition qui interdit au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité) ou une disposition qui interdit à l'agent d'agir en tant qu'agent ou distributeur pour le compte d'entreprises concurrentes du commettant (clauses de monomarquisme). L'agent étant une entreprise distincte du commettant, les dispositions régissant leur relation peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1. Les clauses d'exclusivité n'entraînent généralement pas d'effets anticoncurrentiels. En revanche, les clauses de monomarquisme et de non-concurrence après l'expiration de l'accord, qui concernent la concurrence intermarques, peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1, si elles entraînent un effet de verrouillage (cumulatif) du marché en cause sur lequel les biens ou services contractuels se vendent ou s'achètent, ou y contribuent (voir notamment la section VI.2.1). Ces dispositions peuvent bénéficier de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie, en particulier lorsque les conditions prévues par l'article 5 dudit règlement la régissant sont remplies. Elles peuvent aussi être individuellement justifiées par des gains d'efficience au sens de l'article 101, paragraphe 3, ainsi qu'il est expliqué aux points 144 à 148.

(20) Même si le commettant supporte tous les risques commerciaux et financiers correspondants, un contrat d'agence peut également relever de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'il facilite la collusion. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un certain nombre de commettants font appel aux mêmes agents et empêchent collectivement d'autres commettants de recourir à ces mêmes agents, ou se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale ou pour s'échanger des informations sensibles sur le marché.

(21) Lorsque l'agent supporte un ou plusieurs des risques pertinents décrits au point (16), l'accord entre l'agent et le commettant ne constitue pas un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1. Dans ce cas, l'agent sera considéré comme une entreprise indépendante et l'accord le liant au commettant relèvera de l'article 101, paragraphe 1, comme tout autre accord vertical.

3. Accords de sous-traitance

(22) Un accord de sous-traitance est un accord par lequel un donneur d'ordre fournit une technologie ou un équipement à un sous-traitant qui s'engage à fabriquer certains produits (exclusivement) pour le donneur d'ordre sur la base de cette technologie ou de cet équipement. Les accords de sous-traitance sont couverts par la communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après «communication sur la sous-

traitance»)³¹. Conformément à cette communication, qui reste applicable, les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre ne sont généralement pas visés par l'article 101, paragraphe 1, pour autant que la technologie ou l'équipement considérés soient nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement ou de ne pas produire, en général, pour des tiers, peuvent relever de l'article 101³².

(...)

2.5. Franchise

(189) Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits. Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions.

(190) L'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie à l'octroi d'une licence relative à des droits de propriété intellectuelle prévu dans un accord de franchise est traitée aux points (24) à (46). En ce qui concerne les restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption par catégorie s'applique lorsque la part de marché ne dépasse pas 30 %³³. Les orientations fournies en relation avec ces types de restrictions s'appliquent également aux accords de franchise, sous réserve des deux remarques qui suivent:

- a) plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3;
- b) une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'elle

³¹J.O. C 1 du 3.1.1979, p. 2.

³²Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

³³Voir aussi les points (86) à (95), en particulier le point (92).

est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans de tels cas, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 101, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même.

(191) Exemple de franchise.

Un fabricant a conçu un nouveau concept pour la vente de bonbons dans des magasins dits magasins ludiques («fun-shops»), où les bonbons peuvent être colorés spécialement à la demande du client. Le fabricant de bonbons a aussi élaboré les machines pour la coloration des bonbons. Il produit également les liquides de coloration. La qualité et la fraîcheur du liquide sont particulièrement importantes pour produire des bonbons de qualité. Le succès des bonbons du fabricant passe par un certain nombre de points de vente au détail propres qui ont tous la même enseigne et la même présentation ludique (agencement des magasins, publicité commune, etc.). Afin d'accroître ses ventes, le fabricant a développé un système de franchise. Les franchisés sont tenus d'acheter les bonbons, le liquide et la machine à colorer au fabricant, d'avoir la même présentation et de travailler sous la même enseigne, de payer une redevance, de contribuer aux campagnes de publicité communes et de respecter le caractère confidentiel du manuel de fonctionnement fourni par le franchiseur. De surcroît, les franchisés ne peuvent vendre que dans les locaux convenus, qu'à des consommateurs finals ou à d'autres franchisés et ne peuvent pas commercialiser d'autres bonbons. Le franchiseur ne peut pas désigner un autre franchisé ni exploiter lui-même un commerce de détail sur le territoire contractuel. Il est aussi tenu de constamment développer ses produits, la conception des magasins et le manuel de fonctionnement et de mettre ces améliorations à la disposition de tous les détaillants franchisés. Les accords de franchise sont conclus pour une durée de dix ans.

Les détaillants de bonbons s'approvisionnent sur le marché national soit auprès de producteurs nationaux qui répondent aux goûts nationaux, soit auprès de grossistes qui, en plus de vendre des produits de producteurs nationaux, importent des bonbons de fabricants étrangers. Sur ce marché, les produits du franchiseur doivent soutenir la concurrence d'autres marques de bonbons. Le franchiseur détient une part de marché de 30 % sur le marché des bonbons vendus aux détaillants. Il fait face à la concurrence de plusieurs marques nationales et internationales, dont certaines appartiennent à de grandes sociétés alimentaires diversifiées. Les points de vente de bonbons potentiels sont nombreux: débits de tabac, commerces alimentaires de détail généralistes, cafétérias et commerces spécialisés. Sur le marché des machines de coloration d'aliments, la part de marché du franchiseur est inférieure à 10 %.

La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1. Les restrictions relatives aux ventes (territoire contractuel et distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans la machine de coloration et le concept de franchise et,

si elles ne sont pas nécessaires à cet effet, contribuent du moins à maintenir l'identité commune et, partant, à compenser l'affaiblissement de la concurrence intramarque. La clause de non-concurrence, qui exclut les autres marques de bonbons dans les magasins pendant toute la durée des accords, permet au franchiseur de maintenir l'uniformité des points de vente et d'empêcher les concurrents de profiter de son enseigne. Elle ne verrouille pas substantiellement le marché puisque de nombreux points de vente potentiels restent disponibles pour les autres fabricants de bonbons. Ces accords de franchise remplissent vraisemblablement les conditions d'exemption énoncées à l'article 101, paragraphe 3, si les engagements qu'ils contiennent relèvent de l'article 101, paragraphe 1.
(...).

Jurisprudence

Cour de cassation

Cass. com., 3 nov. 1992 n°90-18547

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 mai 1990), que, le 2 octobre 1970, la Société française des pétroles BP (société BP) a conclu avec M. X... un contrat de distributeur agréé, pour une durée de 15 années, prenant effet le 25 mars 1971 ; que, par avenant du 14 octobre 1981, le contrat a été prorogé jusqu'au 31 décembre 1988 ; qu'en 1983, les prix de vente des produits pétroliers au détail ont été libérés ; que M. X..., se plaignant de ce que, en dépit de l'engagement de la société BP de l'intégrer dans son réseau, cette dernière ne lui a pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société BP reproche à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande à concurrence de 150 000 francs, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, dans son préambule, l'accord de distributeur agréé du 2 octobre 1970 prévoyait que la société BP devrait faire bénéficier M. X... de diverses aides " dans les limites d'une rentabilité acceptable " ; qu'en jugeant dès lors que la société BP était contractuellement tenue d'intégrer M. X... dans son réseau en lui assurant une rentabilité acceptable, la cour d'appel a dénaturé cette clause stipulée au profit de la société pétrolière et non à celui de son distributeur agréé, en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, d'autre part, que nul ne peut se voir imputer

une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité sans que soit établie l'existence d'une inexécution de ses obligations contenues dans le contrat ; qu'en ne retenant à l'encontre de la société BP que le seul grief de n'avoir pas recherché un accord de coopération commerciale avec son distributeur agréé, M. X..., la cour d'appel n'a relevé à son encontre aucune violation de ses obligations contractuelles et ne pouvait dès lors juger qu'elle avait commis une faute contractuelle dont elle devait réparer les conséquences dommageables, en violation de l'article 1147 du Code civil ; et alors, enfin, que nul ne peut être tenu pour responsable du préjudice subi par son cocontractant lorsque ce préjudice trouve sa source dans une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ; qu'en jugeant dès lors que la société BP devait être tenue pour contractuellement responsable du préjudice invoqué par M. X..., préjudice tenant aux difficultés consécutives à l'impossibilité pour ce dernier de faire face à la concurrence, après avoir pourtant constaté qu'elle était néanmoins tenue, en raison de la politique des prix en matière de carburants, de lui vendre ceux-ci au prix qu'elle pratiquait effectivement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations de fait, en violation des articles 1147 et 1148 du Code civil;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M. X... dans son réseau " en lui assurant une rentabilité acceptable " ; **Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. X... avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que " le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires "**, l'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M. X..., lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. X... à un prix inférieur au tarif " pompiste de marque ", sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant " dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait dans sa première branche, est mal fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Cass. com., 4 janv. 1994, n°91-18170

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société Fiat auto France (la société Fiat) a notifié, le 25 juin 1984, à la société Cachia holding et à la société anonyme Les Garages Cachia (la société Cachia) son refus de conclure un nouveau contrat de concession exclusive ; que la société Cachia, concessionnaire depuis 1963 de la vente de véhicules Fiat pour le département de la Seine-Saint-Denis par l'effet de contrats d'une durée d'un an sans tacite reconduction, a assigné la société Fiat devant le tribunal de commerce de Paris en dommages-intérêts pour refus abusif de contracter

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que, pour condamner la société Fiat à payer à la société Cachia une indemnité provisionnelle et ordonner une expertise afin de déterminer l'étendue du préjudice subi par cette dernière, la cour d'appel a relevé que la société Fiat n'avait accepté de renouveler le contrat de concession pour 1983, alors que la société Cachia était également concessionnaire d'autres marques, qu'à la condition que soient mises en place des organisations commerciales séparées ; que la société Cachia, pour satisfaire cette exigence, a entrepris d'importants travaux que le concédant a constatés sans réserves le 1er juillet 1983 ; qu'un tel comportement caractérisait, à l'encontre de la société Fiat, un usage abusif du droit de ne pas contracter ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, s'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée qui avait été dénoncé avant son expiration dans le délai contractuellement prévu, le concédant n'avait pas à tenir compte des investissements réalisés par le concessionnaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 1134, ensemble l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que, pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a également relevé que, selon des attestations produites par la société Cachia, la société Fiat a entendu faire de la cessation de ses relations commerciales avec celle-ci un exemple visant à montrer au sein de son réseau qu'elle était déterminée à sanctionner ceux de ses revendeurs qui procéderaient à des réexportations de véhicules neufs à destination de l'Italie ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas conclure un nouveau contrat de concession, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen:

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 mai 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

Cass. com., 5 avr. 1994, n°92-17278

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt déferé (Paris, 22 mai 1992), que la société Etablissements Gauthier (société Gauthier) était, depuis 1963, en vertu de contrats à durée déterminée, renouvelés annuellement, concessionnaire de la société Vag France ; que, le 15 avril 1986, les parties ont conclu un contrat de concession exclusive à durée indéterminée, prenant effet le 1er janvier précédent et prévoyant, en cas de résiliation, un préavis d'une année ; que, le 28 janvier 1988, la société Vag France a résilié le contrat avec effet au 31 janvier 1989 ; que la société Gauthier a assigné son ancien concédant en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive de contrat ;

Attendu que la société Vag France reproche à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en vertu de l'article 1315 du Code civil, il incombe au demandeur qui se prévaut de l'abus de droit d'en rapporter la preuve ; qu'en retenant, pour accueillir la demande du concessionnaire, que la société Vag France ne prouvait pas qu'elle ait eu à se plaindre de l'action de celui-ci et ne justifiait pas en quoi son remplacement était nécessaire, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé ; et alors, d'autre part, que, s'agissant d'un contrat de concession exclusive à durée indéterminée, résilié avec un préavis d'un an dans le respect des stipulations contractuelles, le concédant n'avait pas à motiver sa décision d'y mettre fin ; que, dès lors, ni l'absence de griefs établis imputables à la société Gauthier ni le fait que la société Vag France n'avait pas fait connaître ses intentions au moment de la signature des annexes pour l'année 1988, qui sont les seuls éléments relevés par la cour d'appel, ne caractérisent l'abus retenu par les juges à l'encontre de la société concédante dans l'exercice de son droit de résiliation ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé à bon droit que la société Vag France " pouvait résilier le contrat sans donner de motifs, mais à la condition que cette résiliation n'ait pas un caractère abusif ", l'arrêt retient que la société Gauthier a consenti, " à la demande de la société Vag France ", d'importants efforts d'investissement et de publicité, que la société Vag France prétend faussement avoir, en rompant, " prévenu les propres intentions de la société Gauthier qui souhaitait se désengager ", et qu'il n'est même pas soutenu que le 8 janvier 1988, date du renouvellement des annexes pour l'année 1988, la société Vag France ait fait connaître à la société Gauthier son intention de rompre leurs relations, ce qu'elle a pourtant fait 20 jours après, décision qui, " visant un concessionnaire ancien et des plus importants, ne pouvait pourtant avoir été prise que de longue date ", de telle sorte que le concédant a " manqué de loyauté " en n'informant pas de ses intentions la société Gauthier " qui n'avait pas démerité " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a pu estimer que la société Vag France avait fait dégénérer en abus son droit de résiliation ; que le moyen

n'est fondé en aucune de ses deux branches ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

Cass. com., 2 déc. 1997, n°95-21563

La Cour (...)

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué que la société Audreco Conception a assigné la société Atlantique Formation avec laquelle elle avait conclu un contrat de franchisage aux termes duquel la seconde s'engageait à lui verser une redevance annuelle égale au tiers du chiffre d'affaires en lui réclamant le paiement de diverses sommes; que la société Atlantique Formation a reconventionnellement demandé que soit constatée la nullité du contrat et que diverses sommes lui soient payées ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Audreco Conception fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité du contrat et de l'avoir condamnée au paiement d'une certaine somme alors, selon le pourvoi, que dans ses conclusions d'appel, elle faisait valoir que "l'obligation d'information prévue par la loi du 31 décembre 1989 n'avait pas lieu d'être dans la mesure où l'opération voulue par les parties reposait sur la création de deux sociétés nouvelles, Audreco Conception et Atlantique formation, pour mettre en oeuvre des méthodes pédagogiques développées par elle. Il n'était donc pas question de créer un réseau, aucun droit d'entrée n'était prévu, aucune obligation n'était imposée quant à la publicité";

qu'il s'agissait là d'un moyen pertinent de nature à influencer sur la solution du litige, dès lors qu'il tendait à exclure l'application des dispositions légales et réglementaires auxquelles elle aurait manqué;

qu'en omettant d'y procéder, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en retenant que le contrat conclu entre les deux sociétés relevait des obligations définies par la loi du 31 décembre 1989 et le décret du 4 janvier 1991, la cour d'appel n'avait pas à répondre aux conclusions inopérantes prises de ce que l'obligation d'information préalable du franchisé n'avait pas lieu d'être dès lors que le contrat liait deux sociétés nouvelles et que la création d'un réseau n'était pas prévue ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 1116 du Code civil ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat, l'arrêt énonce que "le non-respect par la société Audreco Conception de son obligation d'information pré-contractuelle est constitutif du dol prévu par l'article 1116 du Code civil" ;

Attendu qu'en se déterminant par un tel motif sans caractériser un comportement du franchiseur ayant conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
 CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 octobre 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles

Cass. soc., 9 avr. 1998, n°96-40124

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 6 novembre 1995), que M. X... était salarié depuis 1962 de la société Genty, puis de la société Sodigral pour laquelle il occupait, en 1989, les fonctions de chef de magasin;

que cette même année un protocole d'accord a mis fin à son contrat de travail; que la société AS Distribution, dont M. X... était gérant minoritaire, a pris alors en location-gérance le magasin de Saint-Martin-Le-Vinoux de la société Sodigral et a passé un contrat d'affiliation avec cette société; qu'en octobre 1992, la société AS Distribution a été mise en liquidation judiciaire;

que M. X... a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification des contrats d'affiliation et de location-gérance en contrat de travail ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt, rendu sur contredit, d'avoir confirmé l'incompétence de la juridiction prud'homale et rejeté ses demandes, alors, selon le moyen, d'une part, que la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail en refusant de faire application de ces dispositions au cas d'espèce, en retenant qu'il n'existe plus aucun lien juridique entre la société Sodigral et M. X... et que l'article L. 781-1 du Code du travail ne pouvait s'appliquer au contrat conclu entre deux personnes morales;

et alors, d'autre part, que la structure juridique de la société AS Distribution n'excluait pas au profit de M. X... l'application des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail et qu'il existait encore un lien juridique entre la société Sodigral et M. X... ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les contrats d'affiliation et de location-gérance n'avaient pas été conclus par la société Sodigral avec M. X... mais avec la SARL AS Distribution dont M. X... était gérant; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, n°96-21485

La Cour (...)

Attendu que, exerçant depuis le 1er juillet 1980 la profession de médecin anesthésiste-réanimateur au sein de la Clinique des Ormeaux au Havre, M. X... s'est vu consentir, par un contrat du 30 janvier 1986, à compter du 1er janvier 1986, en même temps que d'autres anesthésistes avec lesquels il était associé au sein d'une société civile de moyens, dite Groupement médical anesthésique des

Ormeaux, dit GMAO, l'exclusivité des actes de sa spécialité pour une durée de trente ans ; qu'il a acquis en contrepartie des actions de la société anonyme Clinique des Ormeaux (la Clinique) ; qu'après l'avoir convoqué à la réunion du conseil d'administration du 27 janvier 1995, pour l'entendre sur son comportement professionnel, la Clinique lui a notifié, par une lettre du 30 janvier 1995, sa décision de mettre un terme à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de M. X..., pris en ses deux branches:

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Rouen, 11 septembre 1996), de l'avoir débouté de ses demandes tendant à voir déclarer abusive la rupture unilatérale du contrat d'exercice par la Clinique, et en conséquence, à la voir condamner à lui payer une indemnité complémentaire de préavis et des dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que, d'une part, le " contrat d'anesthésie-réanimation " a été passé entre, d'un côté, la clinique, et, de l'autre, conjointement, M. Y..., M. Z..., M. A..., M. X..., associés dans le GMAO, se réservant la possibilité de se substituer une société civile professionnelle constituée entre eux, qu'il est exposé que la clinique accorde conjointement aux associés du GMAO un contrat d'exercice de la profession d'anesthésiste-réanimateur, qu'aux termes de l'article 1, il est concédé conjointement aux associés du GMAO le droit d'exercer leur activité à titre exclusif, que selon l'article 3, les médecins du GMAO auront la possibilité de se faire assister par tout collaborateur de leur choix, que les autres clauses visent également " les médecins du GMAO ", que le contrat qui a été ainsi conclu non entre la clinique et quatre personnes physiques prises chacune individuellement, mais entre deux parties uniques, dont l'une est une partie simple la clinique et dont l'autre est une partie plurale les médecins anesthésistes-réanimateurs du GMAO rassemblés par un même intérêt défini par rapport à l'objet de l'acte , est, partant, un contrat conjonctif ne pouvant que continuer entre tous ou disparaître entre tous, et qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a dénaturé le contrat litigieux ; alors que, d'autre part, la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... faisant valoir que les dirigeants de la Clinique pouvaient d'autant moins faire valoir qu'il ne s'agissait pas d'un contrat collectif, qu'ils n'ont eu de cesse de vouloir y mettre un terme pour lui substituer des contrats individuels conclus avec chaque médecin

Mais attendu que c'est sans dénaturer le contrat que la cour d'appel, par une interprétation rendue nécessaire par le terme même de "conjoint", qui est susceptible de plusieurs acceptions, dont celle d'obligation plurale dans laquelle chacun des débiteurs n'est obligé que pour sa part, et au vu des autres clauses du contrat, spécialement l'article 10 permettant une cession du contrat à un successeur qualifié, a jugé que la clinique était habile à résilier individuellement le contrat du 30 janvier 1986, en justifiant de sa décision devant le juge ;

Et attendu que le rejet de la première branche rend la seconde inopérante ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en ses deux branches :

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir débouté M. X... de ses demandes, alors, selon le moyen, que, d'une part, en relevant que la clinique avait, à juste titre, fixé à six mois la durée du préavis accordé à M. X..., et que le conseil de l'ordre avait seulement sanctionné le 27 janvier 1996 par un blâme certains faits reprochés à M. X..., ce qui excluait que les fautes et manquements allégués à l'encontre de celui-ci depuis 1981, fussent d'une gravité telle qu'ils pussent justifier une résolution immédiate du contrat sans décision judiciaire préalable, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences qui en résultaient, et a ainsi violé les articles 1134 et 1147 du Code civil ; alors que, d'autre part, l'article 1184 du Code civil précise que le contrat n'est point résolu de plein droit, et que la résolution doit être demandée en justice, et qu'en déclarant justifiée, par application de cet article, la décision de la clinique de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée la liant à M. X..., la cour d'appel a violé ce texte ;

Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et, sur les troisième, quatrième, et cinquième moyens, du pourvoi principal, pris en leurs diverses branches :

Attendu que la cour d'appel retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le contrat imposait à M. X... de ne pratiquer tous les actes relevant de l'exercice de sa profession qu'à l'intérieur de la clinique, que cependant M. X... a passé outre une mise en demeure de respecter cette clause et continué à consulter en dehors, et ce malgré les inconvénients en résultant pour les patients qui devaient sortir de la clinique, qu'à différentes reprises, des chirurgiens se sont plaints par lettres du comportement de M. X... qui a refusé d'accomplir des actes liés à sa qualité d'anesthésiste, notamment en manquant de disponibilité lorsqu'il était de garde, qu'un chirurgien a souligné qu'en 1993, 1994 et 1995, sont survenus des incidents caractérisés, soit par un manque de disponibilité pouvant avoir des répercussions graves sur la santé des personnes opérées, soit même des états d'énerverment et de brutalité à l'égard de certains malades qui s'en sont plaints, qu'une pétition a été signée le 22 décembre 1994 par trente praticiens critiquant le comportement de M. X..., que les témoignages versés aux débats par celui-ci sont contredits par les attestations et autres pièces du dossier qui démontrent qu'en de nombreuses circonstances et depuis 1981, il a gravement manqué à ses obligations de médecin anesthésiste, y compris en compromettant la santé des patients ; que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, répondant aux conclusions dont elle était saisie, et qui n'a ni méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, ni violé l'article 59 du Code de déontologie médicale, ni inversé la charge de la preuve, a pu déduire, sans dénaturer le contrat, ni des lettres de la Clinique des 10 décembre 1993 et 16 septembre 1994, justifiant légalement sa décision, que

ces violations graves et renouvelées des obligations contractuelles permettaient à la Clinique de résilier le contrat de M. X... ;
D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ;
Et sur le moyen unique du pourvoi incident de la Clinique des Ormeaux, pris en ses six branches : (sans intérêt) ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi principal ;
DIT n'y avoir lieu à statuer sur le pourvoi incident.

Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18357

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt déferé, que, par un contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, la société BSN, devenue société Groupe Danone, la société Brasseries Kronenbourg et la société Eaux minérales d'Evian (les sociétés) ont confié à M. X... la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'océan Indien;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1184 du Code civil ;

Attendu que, pour rejeter la demande en paiement de dommages-intérêts de M. X..., l'arrêt, après avoir relevé que le mandataire avait demandé l'application de la clause résolutoire ainsi que la résiliation du contrat, et retenu, sur la première demande, que les conditions de mise en jeu de la clause résolutoire n'étaient pas réunies et, sur la demande en résiliation, que la preuve d'un manquement des sociétés n'était pas rapportée, énonce " qu'il s'ensuit qu'en prenant l'initiative de cesser toute relation avec ses mandants " ; M. X... a perdu le droit de percevoir une indemnité de rupture ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les demandes de M. X..., à elles seules, n'emportaient pas rupture du contrat de la part du mandataire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le troisième moyen : (sans intérêt) ;

Sur le quatrième moyen, pris en sa première branche : (sans intérêt) ;

Et sur le quatrième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 ;

Attendu, selon ce texte, que les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ;

Attendu que, pour rejeter la demande en résiliation de contrat présentée par M. X... et, par voie de conséquence, sa demande en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient que les sociétés n'avaient pas à intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la métropole, qu'elles devaient respecter le principe essentiel de la libre concurrence et qu'il n'est pas établi qu'elles aient mis des " obstacles " à la représentation de leur mandataire ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, informées des difficultés de M. X... en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de M. X... en constatation de la résiliation et en résiliation du contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, ainsi qu'en paiement d'une indemnité de rupture, l'arrêt rendu le 5 juillet 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

Cass. com., 10 févr. 1998, n°95-21906

La Cour (...) :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, le 6 juin 1989, la société ED Le Maraîcher SA, filiale de la société Erteco, a été constituée afin de regrouper l'activité de distribution de fruits et légumes de cette dernière ; qu'ensuite, la société Erteco a proposé à plusieurs de ses salariés d'exploiter des fonds de commerce de fruits et légumes dans des emplacements situés à l'intérieur de ses surfaces commerciales, par le biais d'une location-gérance ; que sept contrats furent ainsi conclus courant 1989, 1990 et 1991, entre elle-même et sept sociétés anonymes créées pour la circonstance et dans lesquelles elle détenait une action : les sociétés ED Le Maraîcher Malmaison, ED Le Maraîcher Moquet, ED Le Maraîcher Colombes, ED Le Maraîcher La Courneuve, ED Le Maraîcher Saint-Mandé, ED Le Maraîcher Francoeur et ED Le Maraîcher Faubourg-Saint-Antoine ; que ces contrats, conclus pour une durée de 15 ans, à l'exception des deux derniers, prévoyaient le paiement par les locataires-gérants d'un loyer mensuel de 6 000 francs et d'une redevance de 3 % du chiffre d'affaires ainsi que l'exclusivité de l'approvisionnement des locataires-gérants auprès de la " plate-forme " de la société ED Le Maraîcher SA ; que des différends étant survenus, les locataires-gérants ont assigné les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA pour obtenir l'annulation des contrats de location-gérance et de société conclus pour cette opération, ainsi que des dommages-intérêts ; que, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a prononcé la nullité des contrats de location-gérance et de société et ordonné une expertise pour évaluer le préjudice ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :

Attendu que les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA font grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité de six contrats de location-gérance pour défaut d'information précontractuelle alors, d'une part, que l'article 1er de la loi du 31

décembre 1989 n'étant applicable qu'aux conventions dont l'objet principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, la cour d'appel a violé ce texte en l'appliquant à des contrats de location-gérance de fonds de commerce ; alors, d'autre part, qu'à tout le moins, en ne recherchant pas si les contrats de location-gérance avaient pour objet de mettre à la disposition des sociétés locataires-gérantes un nom commercial ou une enseigne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Mais attendu que c'est à bon droit que l'arrêt retient, justifiant par là même sa décision, que les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des parties ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en sa troisième branche ;

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'est limitée à dix ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu qu'ayant constaté que certains des contrats de location-gérance étaient assortis d'une clause d'exclusivité supérieure à 10 ans, la cour d'appel en a prononcé l'annulation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les contrats étaient valides jusqu'à l'échéance du terme de dix ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu que, pour annuler les sept contrats de location-gérance, l'arrêt retient que les dispositions relatives à l'approvisionnement exclusif ne comportent pas de mention relative à la détermination du prix, les documents produits établissant au demeurant que le fournisseur le fixait unilatéralement;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article 1832 du Code civil ;

Attendu que pour annuler les contrats de société, l'arrêt retient que les parties n'avaient pas l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité car les contrats n'avaient été conclus que pour permettre l'établissement des contrats de location-gérance, la société ED Le Maraîcher SA cherchant à maintenir son contrôle sur le marché et son associé cherchant à accéder à l'activité de commerçant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs relatifs aux motivations des parties, impropres à exclure leur volonté réelle de s'associer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il a annulé les contrats de location-gérance et de société, l'arrêt rendu le 7 juillet 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

Cass. com., 24 févr. 1998, n°95-20438

La Cour (...)

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Rouen, 28 septembre 1995), que la société Prodim (le franchiseur) a conclu avec les époux X... un contrat de franchisage pour l'exploitation d'un magasin à l'enseigne Shopi;

qu'à la suite de la réclamation du paiement de marchandises livrées, la société Prodim a assigné les franchisés ;

Sur le premier moyen pris en ses trois branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées au franchisé et au paiement d'une indemnité de résiliation alors, selon le pourvoi, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait, sans dénaturer de l'accord de franchisage, retenir que les franchisés n'avaient pas pu disposer de la faculté prévue dans l'article 9 de cet accord de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmité de l'étude du marché prétendument erronée au motif que le contrat de franchisage n'avait été signé que le 6 mars 1991, le jour de l'ouverture du magasin Shopi par les époux X..., tandis que l'accord de franchisage avait été signé le 6 février 1991 et non le 6 mars 1991;

alors, d'autre part, que les époux X... n'ayant pas prétendu dans leurs écritures que la clause de responsabilité de gestion prévue à l'article de l'accord de franchisage ne leur était pas opposable au prétexte que, s'agissant de l'étude de marché effectuée par le franchiseur, ils n'avaient pu user de la possibilité d'en

demander à un tiers confirmation ou infirmation, au motif qu'il y avait eu concomitance entre la signature du contrat et l'ouverture du magasin, la cour d'appel ne pouvait retenir ce moyen sans l'avoir invitée au préalable à présenter ses observations;

et alors, enfin, que la cour d'appel ne pouvait décider qu'à la date où l'implantation du magasin était réalisée, les franchisés n'avaient pas reçu l'information préalable qu'ils avaient la faculté de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmation de l'étude de marché effectuée par le franchiseur selon les dispositions de l'article 9 de l'accord, qu'en violation des termes de l'accord de franchisage qui stipulait expressément que le franchisé reconnaissait, en tant que de besoin à la conclusion du contrat, avoir eu toutes possibilités de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmation de l'étude de marché en cause ;

Mais attendu que l'arrêt retient qu'il est établi que la société Prodim a fourni aux futurs franchisés une étude contenant non seulement des inexactitudes mais encore des résultats fantaisistes supérieurs de près de quarante pour cent à ceux qui pouvaient être effectivement réalisés étant observé qu'elle disposait des informations nécessaires pour la dite étude et qu'au surplus elle a dissimulé volontairement aux futurs franchisés un facteur important tel l'existence d'un centre Leclerc alors que de plus l'extension des grandes surfaces existantes était prévisible;

qu'abstraction faite des motifs surabondants tenant à l'impossibilité pour les époux X... de faire vérifier ces informations, la cour d'appel déduisant de ces constatations et appréciations dont il résulte que la société Prodim a méconnu son obligation d'information préalable, a statué ainsi qu'elle a fait sans encourir les griefs du moyen ;

d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches;

Sur le deuxième moyen pris en ses trois branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées aux franchisés et au paiement d'une indemnité de résiliation alors, selon le pourvoi, d'une part, que le jeu de la limitation conventionnelle de responsabilité ne peut être écarté que si le juge relève un comportement d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission qu'il avait acceptée;

que la cour d'appel n'ayant qualifié que de faute l'erreur commise par elle dans son étude préalable, sans constater les éléments susceptibles de caractériser la faute lourde n'a pu écarter le jeu de la limitation conventionnelle de la responsabilité du franchiseur qu'en privant sa décision de base légale au regard de l'article 1150 du Code civil;

alors, d'autre part, que l'obligation précontractuelle d'information, prévue par l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, ne pèse que sur la personne qui exige un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité, que nul ne soutenait qu'un tel engagement ait existé entre les époux X... et elle, que la cour d'appel ne l'a pas relevé même si elle a cependant fait peser cette obligation d'information et

ses conséquences sur elle, qu'en statuant ainsi elle n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;
et alors, enfin, que seule la faute grave et caractérisée du franchiseur dispense le franchisé du paiement de l'indemnité de rupture au contrat de franchise qu'il a provoquée, qu'en se fondant sur une faute précontractuelle du franchiseur sans constater en quoi celui-ci avait incorrectement exécuté le contrat de franchisage pour justifier la résiliation du dit contrat par le franchisé sans obligation pour celui-ci de verser l'indemnité de résiliation prévue au contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 et 1184 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la société Prodim avait commis une faute volontaire dans son obligation pré contractuelle d'étude et de renseignement à l'égard des futurs franchisés, l'arrêt retient que cette faute a remis en cause l'économie générale du contrat ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision;

d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le troisième moyen pris en ses deux branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées aux franchisés et au paiement d'une indemnité de résiliation et d'avoir ordonné une expertise alors, selon le pourvoi, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait sans contradiction, réparer le préjudice des époux X... résultant de sa faute alléguée pour les avoir entraînés dans une opération déficitaire, en intégrant le montant des marchandises livrées par elle et non réglé par les époux X..., et ordonner une expertise destinée à déterminer le même préjudice résultant des "pertes réalisées, des gains perdus et des dépenses d'investissement effectuées";

et alors, d'autre part, que la cour d'appel ne pouvait, sans réparer deux fois le même préjudice allégué, tout à la fois la condamner, par intégration des marchandises dues par les franchisés et non réglées dans le préjudice résultant pour eux du fait qu'ils auraient été entraînés par elle dans une opération déficitaire, et la condamner à réparer le préjudice résultant pour les franchises "à raison des pertes réalisées", à dire d'expert ;

Mais attendu que l'arrêt retient en premier lieu que les franchisés n'avaient commis aucune faute de gestion expliquant le résultat déficitaire de leur fonds de commerce, ce dont il résulte que ce résultat est imputable aux seules fautes commises par la société Prodim, justifiant que le montant des marchandises livrées reste à la charge de la société Prodim, en second lieu que les franchisés avaient subi une perte d'exploitation et un gain manqué résultant de ce que les relations contractuelles n'avaient pas eu la durée raisonnablement escomptée par eux justifiant également que ce préjudice soit réparé;

que c'est donc hors toute contradiction et en réparant les différents préjudices subis que la cour d'appel a statué ainsi qu'elle a fait;

d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 9 avr. 1998 , n°96-40124

La Cour (...)

Sur le pourvoi formé par M. Antoine X..., demeurant ..., en cassation d'un arrêt rendu le 6 novembre 1995 par la cour d'appel de Grenoble (chambre sociale), au profit de la société Sodigral, société anonyme, dont le siège est ..., défenderesse à la cassation ;

LA COUR, en l'audience publique du 25 février 1998, où étaient présents : M. Waquet, conseiller doyen faisant fonctions de président, M. Lanquetin, conseiller rapporteur, M. Texier, conseiller, M. Besson, conseiller référendaire, M. Terrail, avocat général, Mme Ferré, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Lanquetin, conseiller, les observations de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la société Sodigral, les conclusions de M. Terrail, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 6 novembre 1995), que M. X... était salarié depuis 1962 de la société Genty, puis de la société Sodigral pour laquelle il occupait, en 1989, les fonctions de chef de magasin; que cette même année un protocole d'accord a mis fin à son contrat de travail;

que la société AS Distribution, dont M. X... était gérant minoritaire, a pris alors en location-gérance le magasin de Saint-Martin-Le-Vinoux de la société Sodigral et a passé un contrat d'affiliation avec cette société;

qu'en octobre 1992, la société AS Distribution a été mise en liquidation judiciaire;

que M. X... a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification des contrats d'affiliation et de location-gérance en contrat de travail ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt, rendu sur contredit, d'avoir confirmé l'incompétence de la juridiction prud'homale et rejeté ses demandes, alors, selon le moyen, d'une part, que la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail en refusant de faire application de ces dispositions au cas d'espèce, en retenant qu'il n'existe plus aucun lien juridique entre la société Sodigral et M. X... et que l'article L. 781-1 du Code du travail ne pouvait s'appliquer au contrat conclu entre deux personnes morales;

et alors, d'autre part, que la structure juridique de la société AS Distribution n'excluait pas au profit de M. X... l'application des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail et qu'il existait encore un lien juridique entre la société Sodigral et M. X... ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les contrats d'affiliation et de location-gérance n'avaient pas été conclus par la société Sodigral avec M. X... mais avec la SARL AS Distribution dont M. X... était gérant; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 11 janv. 2000, n°97-16419

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses sept branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 4 juillet 1996), que la société Mode et loisirs (société ML) a conclu, le 8 décembre 1987, avec la société Les Fils de Louis X... (société LFLM), qui commercialise sous l'enseigne Phildar du fil à tricoter, des bas, chaussettes, articles de lingerie et pulls, un contrat de franchise en vue de la reprise d'un fonds de commerce sous l'enseigne Phildar, sis à Leers ; qu'au cours des années 1987 et 1988, le chiffre d'affaires réalisé a été inférieur à l'estimation prévisionnelle du franchiseur ; que, faute d'accord sur le règlement des impayés, la société LFLM a cessé ses livraisons, puis, le 1er décembre 1989, a résilié le contrat et mis la société ML en demeure de lui régler les sommes dues ; que le mandataire-liquidateur de la société ML, en liquidation judiciaire, a assigné la société LFLM à l'effet de voir déclarer cette société responsable de la rupture du contrat et condamner au paiement d'une certaine somme ;

Attendu que le mandataire-liquidateur de la société ML fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société LFLM à lui payer ès qualités seulement la somme de 5 000 francs à titre de dommages-intérêts et de l'avoir débouté du surplus de ses demandes, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en s'abstenant de rechercher si l'écart démesuré existant entre les résultats des études prévisionnelles et les résultats effectifs d'exploitation ne révélaient pas que le franchiseur, bien que non tenu d'une obligation de résultat, n'avait pas fait preuve d'incompétence et de légèreté dans la réalisation des études préalables, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors, de deuxième part, que la cour d'appel ne s'est pas expliquée sur ses conclusions soulignant que la perte subie par la société ML lors de son premier exercice était comparable à celle que la société Pege, filiale de la société LFLM, essuyait en moyenne dans ses quarante et un magasins Phildar, et que le franchiseur était ainsi nécessairement au courant des difficultés de l'ensemble du réseau, et ce en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

alors, de troisième part, qu'en énonçant que les retards de livraison concernaient les produits représentant moins de 1 % du chiffre d'affaires réalisé par le magasin, la cour d'appel a dénaturé les conclusions du franchiseur qui se bornait à évoquer le cas de deux produits, le fil à tricoter "Coquine" et la série de bas collants "Véronika", représentant respectivement 0,5 % du chiffre d'affaires du fil à tricoter et 1 % du chiffre d'affaires bas collants, sans pour autant prétendre vider la question des retards de livraison qui concernaient de nombreux autres produits, et ce en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, de quatrième part, qu'en s'abstenant de rechercher si, dans le secteur de la distribution du fil à tricoter et des collants, les réclamations des clients se font normalement par écrit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du Code civil ; alors, de cinquième part, qu'à supposer même que l'implantation d'un cinquième magasin Phildar à Roubaix

et la poursuite de l'exploitation par le vendeur du magasin de Leers de son second magasin, n'aient pas constitué un manquement du franchiseur à ses obligations contractuelles à défaut d'exclusivité consentie au franchisé, la cour d'appel aurait dû rechercher si le franchiseur n'avait pas au minimum violé son obligation précontractuelle de renseignement, en n'informant pas le franchisé des deux circonstances susvisées, et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors, de sixième part, qu'en relevant qu'aucun accord n'avait pu aboutir sur l'amortissement de la dette du fait du franchisé, la cour d'appel a dénaturé les courriers de la société ML du 28 septembre et du 2 novembre 1989, par lesquels cette société, non seulement avait accepté le principe de l'amortissement de l'arriéré en adressant le détail de ses charges au franchiseur, mais encore offert de régler tout l'arriéré en trois mois, et ce en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, enfin, qu'en ne fournissant aucune précision sur les prétendus conseils du franchiseur que le franchisé se serait abstenu de mettre en pratique, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé à bon droit que la société LFLM n'était pas tenue d'une obligation de résultat dans l'établissement des prévisions de l'activité de son franchisé, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la société ML a reconnu avoir examiné avant de signer le contrat, les documents comptables et commerciaux du magasin et pris connaissance du chiffre d'affaires réalisé par celui-ci ; qu'il relève que le magasin a cessé de fonctionner normalement à partir du moment où la société ML en a exercé la gestion ; que la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre la société ML dans le détail de son argumentation, a, par ces énonciations et constatations, justifié sa décision ; Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel, qui, par une appréciation souveraine des faits et éléments de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que les retards de livraison du franchiseur concernaient moins de 1 % du chiffre d'affaires réalisé par le magasin, a, sans dénaturé les conclusions des parties, justifié sa décision ;

Attendu, en troisième lieu, que la société ML, qui n'a pas soutenu devant la cour d'appel que les réclamations des clients se faisaient par écrit, n'est pas fondée à soulever ce moyen devant la Cour de Cassation ;

Attendu, en quatrième lieu, que la cour d'appel, qui, après avoir relevé que le contrat de franchise ne conférait à la société ML aucune exclusivité territoriale, a retenu que l'installation d'un magasin à Roubaix, dans un quartier très éloigné de Leers, et la poursuite de l'exploitation par le vendeur dudit magasin de Leers d'un second magasin qu'il ne s'était pas engagé à abandonner, ne constituaient pas un manquement du franchiseur à ses obligations, a justifié sa décision ;

Attendu, en cinquième lieu, qu'ayant apprécié souverainement sans les dénaturer les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a constaté que, malgré l'offre de la société LFLM proposant un échéancier pour permettre à la société ML de régler ses arriérés sans trop en souffrir, aucun accord n'était intervenu du fait du franchisé ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa

décision ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel, qui, par motifs adoptés, a retenu que le manque de créativité pour l'élaboration de produits nouveaux, l'impossibilité d'approvisionnement, l'inadaptation des produits à la saison, la publicité des modèles en fait disponibles, la suppression de produits ainsi que les mauvaises conditions de lancement de nouveaux produits n'étaient attestés par aucune pièce, a pu statuer comme elle l'a fait ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses troisième, quatrième et sixième branches, n'est pas fondé en ses autres branches ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 22 févr. 2000 , n°97-15560

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 3 avril 1997), statuant en référé, que les époux X..., qui avaient conclu un contrat de franchise avec la SNC Prodim le 3 janvier 1994 pour une durée de sept ans pour l'exploitation d'un fonds de commerce à La Mauffe sous l enseigne Shopi, ont abandonné cette enseigne en 1996 et ont utilisé l'enseigne Coccinelle Marché qui appartient à la société Francap distribution ; que, par acte du 7 novembre 1996, la société Prodim a assigné les époux X... devant le président du tribunal de commerce de Saint-Lô statuant en référé pour voir ordonner sous astreinte le retrait de l'enseigne Coccinelle Marché et des marchandises dont les marques sont liées à celle-ci ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le pourvoi, d'une part, que constitue une irrégularité de fond l'appel formé par une société qui n'existe pas ;

qu'en l'espèce, dès lors qu'il est constant que la déclaration d'appel et l'assignation ont été faites au nom et pour le compte de Prodim Ouest, dont les époux X... expliquaient qu'ils s'agissait d'un établissement de la société Prodim, dépourvu de la personnalité morale sis à Nantes et qu'il n'existait aucune SNC Prodim Ouest, la cour d'appel ne pouvait rectifier la déclaration d'appel et l'assignation faites pour Prodim Ouest et les déclarer valablement effectuées au nom et pour le compte de la SNC Prodim au prétexte qu'il n'y aurait eu qu'une erreur matérielle, sans excéder ses pouvoirs et violer les articles 117, 901 et 920 du nouveau Code de procédure civile, et alors, d'autre part, que, subsidiairement, l'erreur matérielle affectant la dénomination de l'appelant constitue un vice de forme susceptible de rendre l'appel irrecevable ; qu'en jugeant l'inverse, la cour d'appel a violé les articles 114 et 901 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt constate que l'acte d'appel a été établi au nom et pour le compte de "Prodim Ouest (société en nom collectif) ayant son siège ..." et comporte dès lors l'indication exacte de la forme sociale de la SNC Prodim ainsi que son adresse exacte et retient que la simple adjonction du terme "Ouest" constitue une erreur matérielle ; qu'ayant ainsi considéré implicitement que l'irrégularité en cause était une irrégularité de forme et en l'absence de tout

grief invoqué par les époux X..., la cour d'appel a pu déclarer l'appel recevable ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

Sur le second moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que les époux X... font encore grief à l'arrêt d'avoir statué comme il a fait, alors, selon le pourvoi, d'une part, que la clause de non-concurrence post-contractuelle d'un contrat de franchise n'est licite au regard du règlement CEE 4087/82 du 30 novembre 1988 que si elle n'excède pas la durée d'un an et qu'elle a pour but de protéger un membre du réseau franchisé ; que la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé que la clause litigieuse avait en l'espèce pour but de protéger de la concurrence un membre du réseau franchisé n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 3 du règlement CEE 4087/88 du 30 novembre 1988 ; et alors, d'autre part, qu'une clause de non-concurrence contractuelle, dans un contrat de franchise, pour être valable, doit être limitée dans le temps et dans l'espace et être nécessaire, compte tenu de l'objet du contrat ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui déclare valable la clause interdisant à l'ancien franchisé d'implanter une enseigne renommée concurrente en jugeant que cette disposition tend à protéger l'intérêt légitime du franchiseur pendant un temps limité sans caractériser que le franchiseur cherchait à reconstituer son réseau localement ou était affecté par cette concurrence, n'a pas justifié sa décision au regard des articles 873 du nouveau Code de procédure civile et 7 de la loi du 2-17 mars 1791 ; et alors, enfin, que si, pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un

trouble manifestement illicite, le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent en l'espèce, excède ses pouvoirs le juge des référés qui, au prétexte que la clause dont se prévalait le demandeur n'apparaissait pas manifestement illicite ou nulle au regard du droit communautaire et du droit interne, ordonne le retrait d'une enseigne et de marchandises dans un magasin sans caractériser l'existence d'un dommage imminent, ni quel trouble manifestement illicite il faisait cesser ; que l'arrêt manque de base légale au regard des articles 872, 873 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'article 3, paragraphe 1 c) du règlement CE n° 4087/88 de la Commission des Communautés européennes concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise permet d'imposer au franchisé l'obligation de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, dans la mesure où cette obligation est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé ; qu'ayant relevé que la clause prévue à l'article 6 du contrat de franchise liant les époux X... à la société Prodim les obligeait à ne pas utiliser pendant une période d'un an à compter de la résiliation du contrat une enseigne de renommée nationale ou régionale et à ne pas offrir en vente des marchandises dont

les marques sont liées à cette enseigne dans un rayon de cinq kilomètres du magasin Shopi qu'ils exploitaient, c'est à juste titre que la cour d'appel a recherché si cette clause était nécessaire pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau en cause, sans avoir à effectuer la recherche inopérante visée à la première branche du moyen ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu que la clause litigieuse a pour objet d'interdire seulement l'usage d'une enseigne de renommée nationale ou régionale et la vente de produits liés, qu'elle n'interdit nullement la poursuite d'une activité commerciale identique sous une autre enseigne et que cette clause procure seulement au franchiseur un délai d'un an pendant lequel l'implantation par l'ancien franchisé d'une enseigne renommée concurrente ne sera pas possible, de sorte qu'il pourra reconstituer son réseau localement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de déclarer la clause litigieuse valide, sans avoir à effectuer la recherche inopérante visée à la deuxième branche du moyen ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel a retenu à juste titre que le juge des référés est compétent pour connaître d'une demande tendant à ordonner, en raison d'un trouble manifestement illicite résultant de la violation d'une clause de non-concurrence, les mesures propres à le faire cesser ; que le moyen manque en fait en sa troisième branche ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses trois branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 11 fév. 2003, n° 01-03932

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 janvier 2001), que la société Aixapp a judiciairement poursuivi l'annulation d'un accord de franchise conclu le 17 juin 1994 avec la société Cocidac, aux droits de laquelle est la société Jeff de Bruges France, en soutenant que son consentement avait été vicié en raison d'une information préalable défectueuse de la part de ce franchiseur ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Jeff de Bruges France fait grief à l'arrêt d'avoir annulé le contrat de franchise et de l'avoir condamnée à rembourser diverses sommes ainsi qu'à payer des dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / qu'en affirmant que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local qui comprend nécessairement celle de la concurrence locale sur les produits concernés par la franchise, cependant qu'il ne ressort ni de ce texte ni de l'article 1er du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 une telle obligation incombant au franchiseur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2 / qu'il appartient au franchisé de rapporter la preuve d'une erreur ayant vicié son consentement ; qu'ayant relevé que le document précontractuel ne renseigne pas sur la zone de chalandise, que ce renseignement est essentiel au

candidat franchisé pour appréhender la concurrence, que la liste des concurrents n'est pas complète, qu'elle a été élaborée hâtivement, que la présentation faite ne distingue pas les chocolatiers justifiant d'une enseigne nationale qui sont les concurrents de la franchise Jeff de Bruges des chocolatiers spécialisés anciennement implantés ni de ceux qui pratiquent cette activité de manière occasionnelle, ce qui ne permet pas d'appréhender la situation exacte de la concurrence, que cette présentation ne donne pas des informations sincères pour retenir que le franchiseur n'a pas présenté avec soin la situation locale et que les omissions commises ont donné au candidat franchisé une image inexacte de l'environnement qui a été déterminante dans le consentement erroné qu'il a donné en contractant sans rechercher, comme elle y était invitée, si le franchisé qui a choisi l'emplacement et s'était rendu à plusieurs reprises sur place n'avait pas été à même de s'informer sur la concurrence locale et la zone de chalandise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 et 1109 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant énoncé à bon droit, que la loi ne met pas à la charge du franchiseur une étude du marché local et qu'il appartient au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, l'arrêt a fait l'exacte application de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, devenu article L. 330-3 du Code de commerce, en retenant, aux termes du motif critiqué, que, dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties à propos du vice du consentement du franchisé ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

Et sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Jeff de Bruges France formule le même grief à l'encontre de l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que contestant l'absence de sérieux du prévisionnel d'activité remis au franchisé, la société Jeff de Bruges France faisait valoir que la société ayant repris la franchise avait réalisé des résultats très proches de ceux indiqués dans l'état prévisionnel ; qu'en décidant que cet élément n'est pas probant en l'absence de toute indication sur les conditions dans lesquelles cette franchise a été mise en place sans expliquer en quoi cette circonstance était de nature à ôter toute pertinence à cet élément de preuve la cour d'appel qui retient que les chiffres n'étaient pas crédibles et que le consentement du franchisé a été vicié, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1er de la loi du 31 décembre 1989 et 1108 et suivants du Code civil ;

2 / que la société Jeff de Bruges France faisait valoir le manque de motivation du franchisé qui dès le 1er mars 1995 informait le franchiseur de sa volonté de céder son affaire à des candidats potentiels ;

qu'en retenant que les mauvais résultats ne s'expliquent pas par le manque de motivation du franchisé fort préoccupé du sort de son entreprise, sans

rechercher si cette volonté manifestée quelques mois après la conclusion du contrat, ne démontrait la volonté du franchisé de se désengager et partant l'absence de tout effort en vue de réaliser le chiffre d'affaires annoncé, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt est légalement justifié, dès lors qu'il constate que les conditions de mise en place du successeur dans la franchise n'étaient pas indiquées, et fait ainsi ressortir que les conditions d'une comparaison des chiffres d'affaires respectivement réalisés n'étaient pas réunies ;

Et attendu, d'autre part, qu'en retenant que la persistance des mauvais résultats ne s'expliquait pas par le manque de motivation du franchisé, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses deux branches
PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00668

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Centrale de parfumerie, devenue la société Marionnaud (le franchiseur) a conclu le 6 mai 1996, avec la société Rose de France (le franchisé) un contrat de franchise d'une durée de cinq ans en vue de l'exploitation sous la marque et l enseigne "Mireille Clerc" d'un magasin de parfumerie; que le franchisé s'engageait aux termes de l'article III, point 7-1 "à satisfaire et à respecter les clauses des contrats imposés par chaque marque tant sur les conditions générales de vente de chacun que sur les objectifs minimum de chiffre d'affaires imposés" ; qu'il précisait "que le franchisé a un contrat intuitu personae lié au point de vente , avec chaque marque", et au point 7-2, que "le franchiseur s'engage à approvisionner le franchisé dans les délais les plus rapides" ; qu'après reprise en décembre 1997 de la société Centrale de parfumerie par le "groupe" Marionnaud, M. X..., président de cette société a adressé au franchisé, le 17 février 1998, une lettre lui confirmant que les contrats le liant aux fournisseurs stipulaient qu'un chiffre d'affaire minimum contractuel devait être réalisé par des approvisionnements directs, auprès des "maisons", et lui a proposé de mettre fin au contrat par résiliation amiable, ce qu'a refusé le franchisé ; que celui-ci a assigné le franchiseur en annulation du contrat, et subsidiairement en résolution ou en résiliation ; que la société Perney-Angel, liquidateur de la société Rose de France, en liquidation judiciaire, a déclaré reprendre l'instance ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour déclarer le contrat de franchise résilié aux torts du franchiseur et condamner celui-ci au paiement de diverses sommes, l'arrêt retient qu'aux termes du contrat de franchise, le franchisé se trouvait exonéré des contraintes liées aux quotas imposés par les marques de parfums ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de l'article III, point 7-1 que le franchisé s'engageait à satisfaire et à respecter les clauses des contrats imposés par chaque marque tant sur les conditions générales de vente de chacun, que sur les objectifs "minima" de chiffres d'affaires imposés, le franchisé ayant un contrat intuitu personae avec chaque marque, la cour d'appel a méconnu les termes clairs et précis du contrat de franchise ;

Et sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel retient qu'il résulte d'un courrier adressé le 17 février 1998 par le franchiseur au franchisé, que le franchiseur entendait ne plus jouer à l'avenir son rôle de centrale d'achat, privant ainsi le franchisé de la contrepartie ayant justifié son intégration au réseau ;

Attendu, qu'en statuant ainsi, sans préciser les éléments lui permettant d'affirmer que la société Rose de France avait adhéré au réseau de franchise au seul motif que le franchiseur exerçait une activité de centrale d'achat, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 novembre 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen ;

Condamne la SCP Perney-Angel, ès qualités, aux dépens ;

Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 04-46794

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 1er juillet 2004), rendu sur contredit, et la procédure, que M. X... et Mme Y... ont constitué une société à responsabilité limitée dont ils étaient les associés et co-gérants et à laquelle la société Paul Mausner a consenti un contrat de commissionnaire affilié en vue de la distribution de vêtements ; qu'il a été mis fin à ces relations le 22 juillet 1999 après l'ouverture à l'égard de cette dernière société, le 13 janvier 1999, d'une procédure de redressement judiciaire qui a conduit à une liquidation judiciaire prononcée le 2 décembre 1999 ; que M. X... et Mme Y... ont saisi, en faisant valoir des créances de salaires et d'indemnités de rupture à l'égard de la société Paul Mausner, le conseil de prud'hommes de Chambéry qui s'est déclaré incompétent au profit d'un tribunal de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'AGS fait grief à l'arrêt, qui a estimé compétente la juridiction saisie, d'avoir évoqué le fond du litige, d'avoir fixé des créances salariales au passif de la société liquidée et de lui avoir donné acte de ses explications, pour des motifs pris de la violation des articles 568 et 16 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, avant d'exercer son pouvoir d'évocation, a constaté que l'AGS, sans se limiter aux moyens relatifs à la compétence et qui

tenaient à la revendication par M. X... et Mme Y... d'un statut de salarié, avait soutenu comme le liquidateur des conclusions soulevant la fin de non-recevoir tirée des dispositions de l'article L. 621-125 du code de commerce relatives à l'établissement et à la contestation des relevés de créances salariales ;

Et attendu que la procédure étant orale, les autres moyens sur lesquels il a été jugé sont présumés, aucune preuve contraire n'étant rapportée en l'espèce, avoir été invoqués et débattus contradictoirement à l'audience ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'AGS fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître des demandes et fixé au passif de l'employeur des créances salariales, pour des motifs pris des articles 1842, alinéa 1er du code civil et L. 781-1. 2 du code du travail ;

Mais attendu qu'il appartenait à la cour d'appel de rechercher si, nonobstant l'existence apparente d'une société dont le caractère fictif était allégué, M. X... et Mme Y... ne se trouvaient pas dans une situation les assimilant à des salariés et leur attribuant à titre personnel des créances dont la fixation incombait à la juridiction prud'homale ;

Et attendu que dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits et des preuves, elle a retenu que la société dont les intéressés étaient co-gérants et cautions ne devait vendre, aux prix et conditions imposés par la société Paul Mausner et dans un local agréé par elle, que des articles fournis par cette dernière et qui restaient sa propriété jusqu'à la vente, qu'elle n'avait d'autres rentrées financières que des commissions payées par la même société, au profit de laquelle elle devait se dessaisir chaque jour de sa recette, et qu'elle était soumise à des sanctions en cas de retour de marchandises dans des conditions déterminées ; qu'elle a pu en déduire que sous couvert d'un montage juridique les mêmes intéressés se trouvaient dans une situation prévue par l'article L. 781-1. 2 du code du travail et étaient personnellement titulaires des créances inhérentes à une telle qualité et qu'il appartenait au conseil de prud'hommes de fixer ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 28 nov. 2006, n° 04-46055

La Cour (...)

Sur les deux moyens du pourvoi de la société Esso SAF et sur le moyen unique du pourvoi de la société BP, réunis :

Attendu que M. X... a conclu le 1er septembre 1994, au nom d'une société à responsabilité limitée X..., en cours de formation, un contrat de location-gérance d'un fonds de station service appartenant à la société Mobil, aux droits de laquelle vient la société Esso SAF (Esso) ; que ce contrat a été reconduit à partir du 1er septembre 1997 avec la société BP France ; qu'après l'avoir résilié au 27 juin 1998, M. X... a saisi la juridiction prud'homale, pour qu'il soit fait application à son profit de l'article L. 781-1 du code du travail et pour obtenir paiement à ce titre de diverses sommes ;

Attendu que les sociétés Esso et BP France font grief à l'arrêt attaqué (Paris, 1er juillet 2004) d'avoir dit que M. X... relevait de l'article L. 781-1 du code du travail et d'avoir confirmé un jugement retenant la compétence du juge prud'homal pour connaître de ses demandes, pour des motifs qui sont pris de la violation des articles L. 781-1 du code du travail, 1134 du Code civil et 4 et 5 du nouveau code de procédure civile, ainsi que de défauts de base légale au regard de l'article L. 781-1 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté, par motifs propres et adoptés, d'une part, restituant aux faits et actes litigieux leur exacte qualification, sans dénaturer les contrats, qu'un lien direct s'était établi entre M. X... et les sociétés Mobil et BP, pour l'exploitation de la station service appartenant à ces dernières ; d'autre part, appréciant l'ensemble des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, que l'essentiel de l'activité personnelle de M. X... consistait à vendre des produits pétroliers fournis presque exclusivement par les sociétés Mobil puis BP France, dans des locaux fournis par ces sociétés et aux conditions et prix qu'elles imposaient ; qu'elle en a exactement déduit, sans être tenue de constater que la société qu'il représentait était fictive, que M. X... relevait de l'article L. 781-1, alinéa 1, 2, du code du travail ;

Que les moyens ne sont pas fondés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-10197

LA COUR (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par les sociétés Coopérative d'approvisionnement Paris Est et Disvalor, MM. X..., Y..., Z... et de A... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par M. B..., Mme C..., épouse B..., les sociétés Tomblaine distribution et Sonedis et M. D... ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 20 octobre 2004), que M. B... et Mme C..., épouse B... (M. et Mme B...) ont consenti à la société Coopérative

d'approvisionnement Paris Est (la société Scapest), centrale régionale d'achat du groupe Leclerc, une promesse unilatérale de cession des actions qu'ils détenaient dans le capital de la société Tomblaine distribution (la société Tomblaine) qui exploitait un hypermarché sous l'enseigne Leclerc ; qu'après que la société Scapest eut levé l'option, cette société ainsi que la société Disvalor, qu'elle s'était substituée, ont demandé en justice que soit constatée la cession d'actions et que M. et Mme B... soient condamnés sous astreinte à effectuer toutes formalités nécessaires ainsi qu'à leur payer des dommages-intérêts ; que M. et Mme B... ayant ultérieurement cédé ces mêmes actions à la société Distribution de l'Est, les sociétés Scapest et Disvalor ont demandé que la décision à intervenir soit rendue opposable à cette société ; que le tribunal, également saisi par M. B... d'une demande, dirigée notamment contre MM. X..., Y..., Z... et de A..., tendant à l'annulation des délibérations d'une assemblée générale des actionnaires de la société Tomblaine, a joint les procédures ; Attendu que les sociétés Scapest et Disvalor et MM. X..., Y..., Z... et de A... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nulle la promesse de cession d'actions et d'avoir en conséquence rejeté les demandes des sociétés Scapest et Disvalor, alors, selon le moyen :

1 / que même si aucun document ne recensait les règles en usage dans le mouvement Leclerc pour l'évaluation de fonds de commerce ou de droits sociaux que les tiers évaluateurs devaient suivre, la clause ne restreignait pas leur faculté de consulter tout document relatif aux cessions de fonds ou de titres intervenues dans le mouvement ainsi que toute personne ayant été impliquée dans de telles opérations ; qu'en affirmant que la clause ne leur permettait pas de déterminer le prix de façon indépendante de la volonté du cessionnaire dans la mesure où la consultation des structures créées pour assurer la solidarité du mouvement Leclerc influencerait leur appréciation dans un sens favorable au cessionnaire, sans expliquer pourquoi les tiers estimateurs ne seraient pas en mesure de rechercher les informations relatives aux cessions intervenues et de les analyser pour en dégager les règles d'évaluation appliquées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1591 et 1592 du code civil ;

2 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt selon lesquelles les pénalités sont applicables aux sociétés quittant prématurément la centrale nationale de référencement et les coopératives régionales d'approvisionnement du mouvement Leclerc, à la suite d'un retrait anticipé ou d'une exclusion, que ces pénalités ne sont susceptibles d'affecter que le prix d'un fonds de commerce cédé à un tiers extérieur au mouvement mais ne s'appliquent pas aux cessions réalisées à l'intérieur du mouvement, la société cédée restant alors, par hypothèse, membre de ces structures ; qu'en décidant cependant que dans la mesure où les tiers estimateurs devraient tenir compte des cessions réalisées par des adhérents quittant prématurément ces structures et où le prix des actions cédées aurait été injustement minoré du fait de la rétention des ristournes, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a violé les articles 1591 et 1592 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que MM. X..., Y..., Z... et de A... ne sont pas recevables à critiquer des dispositions de l'arrêt qui ne leur font pas grief ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé que la promesse de cession d'actions stipulait qu'en l'absence d'accord des parties, le prix de cession serait déterminé par un collège de tiers désignés selon les prévisions des articles 1592 et 1843-4 du code civil et précisait que ceux-ci devraient respecter les "règles en usage au sein du mouvement Leclerc" et, pour l'évaluation du fonds de commerce, du droit au bail et autres éléments incorporels, faire application des "règles posées par le mouvement Leclerc", l'arrêt retient que la seule référence à ces règles est dépourvue de précision suffisante et ne garantit pas que le prix sera estimé en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire dès lors que ni la promesse de cession d'actions ni aucun document existant au plus tard à la date de la promesse, même versé ultérieurement, ne précise la consistance des règles posées par le mouvement Leclerc en matière d'évaluation des fonds de commerce ou plus généralement d'évaluation de droits sociaux ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les tiers chargés de fixer le prix avaient reçu mission de le faire par référence à des règles qui n'étaient pas déterminées, et abstraction faite du motif surabondant critiqué par la seconde branche, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante visée par la première branche, a légalement justifié sa décision et décidé à bon droit que le prix n'était pas déterminable ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en ce qu'il est soutenu par MM. X..., Y..., Z... et de A..., n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-10198

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 20 octobre 2004), que M. X... et Mme Y..., épouse X... (M. et Mme X...), qui détenaient la majorité des actions composant le capital de la société Pontadis, exploitant un hypermarché sous l'enseigne Leclerc, ont conclu avec MM. Z..., A..., B..., C... et D..., actionnaires minoritaires de la société Pontadis et dirigeants d'autres centres Leclerc (les actionnaires minoritaires) un pacte d'actionnaires conférant à chacun des deux groupes d'actionnaires un droit de préférence réciproque en cas de projet de cession à un tiers des titres de la société Pontadis ; que M. X... a ultérieurement consenti à la Société coopérative d'approvisionnement Paris Est (la société Scapest), centrale régionale d'achat du groupe Leclerc, un droit de préférence en cas d'échec de la procédure prévue par le pacte d'actionnaires ; que la société ITM entreprises ayant acquis la totalité des actions de la société Pontadis jusque là détenues par M. et Mme X..., la société Scapest et les actionnaires

minoritaires ont demandé l'annulation de la cession et la condamnation sous astreinte de M. et Mme X... à mettre en oeuvre les procédures prévues par le pacte d'actionnaires et le pacte de préférence ;

Attendu que la société Scapest et les actionnaires minoritaires font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nul le pacte d'actionnaires conclu au sein de la société Pontadis, constaté l'absence d'effet du pacte de préférence et rejeté leurs demandes, alors, selon le moyen :

1 / que les sociétés ITM et Pontadis n'invoquaient pas la nullité du pacte d'actionnaires au regard de la méthode de détermination du prix des actions et que les autres appelants, les époux X..., soutenaient seulement, dans un paragraphe intitulé "le pacte d'actionnaires est nul en ce qu'il ne comporte aucun droit de repentir du cédant", que la méthode de fixation du prix serait une "condition potestative" dans la mesure où, selon eux, les ventes se réalisent, à l'intérieur du mouvement Leclerc, pour des montants inférieurs à la valeur des entreprises telle qu'elle ressortirait de négociations avec d'autres grands groupes de distribution ; que le moyen tiré de ce que l'obligation faite aux tiers évaluateurs de rechercher des éléments de comparaison avec des fonds similaires à l'intérieur du mouvement Leclerc et de tenir compte des critères habituellement retenus dans ce mouvement les mettrait, en l'absence de précision suffisante sur les règles en vigueur dans le mouvement Leclerc en matière d'évaluation des fonds de commerce, dans l'incapacité de déterminer à tout moment le prix des actions en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire, a été soulevé d'office par la cour d'appel ; qu'en procédant ainsi sans avoir préalablement provoqué les explications des parties, la cour d'appel a méconnu le principe du contradictoire et violé l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

2 / que la clause litigieuse stipulait que les tiers chargés de fixer le prix de cession des titres "devront veiller plus particulièrement en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et "tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables" ; qu'elle n'imposait donc pas aux tiers estimateurs d'appliquer des règles ni de respecter des méthodes d'évaluation fixées par le mouvement Leclerc mais seulement de s'inspirer entre autres, et dans une proportion laissée à leur appréciation, des cessions intervenues à l'intérieur du mouvement Leclerc ; qu'en décidant que, faute pour de telles règles ou méthodes d'être précisées et connues, le prix de cession n'était pas déterminable, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1591, 1592 et 1843-4 du code civil ;

3 / qu'en relevant d'office le moyen tiré de l'incidence éventuelle des pénalités appliquées aux sociétés quittant prématurément le Galec et les coopératives régionales d'approvisionnement, et en particulier celle de la perte des ristournes, sur l'évaluation des données servant de base à l'établissement du prix des fonds de commerce cédés à l'intérieur du mouvement Leclerc sans provoquer les explications des parties, la cour d'appel a encore violé l'article 16 du nouveau

code de procédure civile ;

4 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt, selon lesquelles les pénalités en cause sont applicables aux sociétés quittant prématurément la centrale nationale de référencement et les coopératives régionales d'approvisionnement du mouvement Leclerc, à la suite d'un retrait anticipé ou d'une exclusion, que ces pénalités ne sont susceptibles d'affecter que le prix d'un fonds de commerce cédé à un tiers extérieur au mouvement Leclerc, et qu'elles ne s'appliquent pas aux cessions réalisées à l'intérieur du mouvement, la société cédée restant alors, par hypothèse, membre de ces structures ; qu'en décidant cependant que dans la mesure où ils devraient tenir compte de cessions pour lesquelles le prix des actions aurait été minoré du fait de la rétention des ristournes ayant pour effet de fausser les données servant de base à l'établissement du prix des actions, les tiers évaluateurs seraient empêchés d'accomplir leur mission, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences logiques de ses constatations et a violé les articles 1591, 1592 et 1843-4 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir reproduit les termes de la clause précisant que les tiers estimateurs "devront veiller plus particulièrement, en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et qu'ils "devront tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables", l'arrêt retient que cette obligation est dépourvue de précision suffisante et ne garantit pas que le prix sera estimé en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire dès lors que ni le pacte d'actionnaires ni aucun document existant au plus tard à la date de ce pacte, même versé ultérieurement, ne précise la consistance des règles fixées par le mouvement Leclerc en matière d'évaluation de fonds de commerce ou plus généralement d'évaluation de droits sociaux ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les tiers chargés de fixer le prix avaient reçu mission de le faire par référence à des critères qui n'étaient pas déterminés, la cour d'appel, qui n'a pas relevé d'office ce moyen, a décidé à bon droit que le prix n'était pas déterminable ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt étant justifié par les motifs que critiquent vainement les deux premières branches, les griefs des troisième et quatrième branches s'adressent à des motifs surabondants ;

D'où il suit que le moyen, non fondé en ses deux premières branches, ne peut être accueilli pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-10199

LA COUR (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par les Sociétés coopérative d'approvisionnement Paris Est et Lunedis, M. X... et M. Y... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par M. Z..., Mme A..., épouse Z..., et la société Sonedis; Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 20 octobre 2004), que M. Z... et Mme A..., épouse Z... (M. et Mme Z...) ont consenti à la Société coopérative d'approvisionnement Paris Est (la société Scapest), centrale régionale d'achat du groupe Leclerc, une promesse unilatérale de cession des actions qu'ils détenaient dans le capital de la société Sonedis qui exploitait un hypermarché sous l'enseigne Leclerc ; qu'après que la société Scapest eut levé l'option, cette société, ainsi que la société Lunedis, qu'elle s'était substituée, ont demandé en justice que soit constatée la cession d'actions et que M. et Mme Z... soient condamnés sous astreinte à effectuer toutes formalités nécessaires ainsi qu'à leur payer des dommages-intérêts ; que M. et Mme Z... ayant ultérieurement cédé ces mêmes actions à la société ITM Entreprises, les sociétés Lunedis et Scapest ont demandé que la décision à intervenir soit rendue opposable à cette société ; que le tribunal, également saisi par M. Z... d'une demande, dirigée contre la société Lunedis et MM. X... et Y..., tendant à l'annulation d'une délibération du conseil d'administration de la société Sonedis, a joint les procédures ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que les sociétés Scapest et Lunedis et MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nulle la promesse de cession d'actions et d'avoir en conséquence rejeté les demandes des sociétés Scapest et Lunedis alors, selon le moyen :

1 / que même si aucun document ne recensait les règles en usage dans le mouvement Leclerc pour l'évaluation de fonds de commerce ou de droits sociaux que les tiers évaluateurs devaient suivre, la clause ne restreignait pas leur faculté de consulter tout document relatif aux cessions de fonds ou de titres intervenues dans le mouvement ainsi que toute personne ayant été impliquée dans de telles opérations ; qu'en affirmant que la clause ne leur permettait pas de déterminer le prix de façon indépendante de la volonté du cessionnaire dans la mesure où la consultation des structures créées pour assurer la solidarité du mouvement Leclerc influencerait leur appréciation dans un sens favorable au cessionnaire, sans expliquer pourquoi les tiers estimateurs ne seraient pas en mesure de rechercher les informations relatives aux cessions intervenues et de les analyser pour en dégager les règles d'évaluation appliquées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1591 et 1592 du code civil ;

2 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt selon lesquelles les pénalités sont applicables aux sociétés quittant prématurément la centrale nationale de référencement et les coopératives régionales d'approvisionnement du mouvement Leclerc, à la suite d'un retrait anticipé ou d'une exclusion, que ces pénalités ne sont susceptibles d'affecter que le prix d'un fonds de commerce

cédé à un tiers extérieur au mouvement mais ne s'appliquent pas aux cessions réalisées à l'intérieur du mouvement, la société cédée restant alors, par hypothèse, membre de ces structures ; qu'en décidant cependant que dans la mesure où les tiers estimateurs devraient tenir compte des cessions réalisées par des adhérents quittant prématurément ces structures et où le prix des actions cédées aurait été injustement minoré du fait de la rétention des ristournes, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a violé les articles 1591 et 1592 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que MM. X... et Y... ne sont pas recevables à critiquer des dispositions de l'arrêt qui ne leur font pas grief ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé que la promesse de cession d'actions stipulait qu'en l'absence d'accord des parties, le prix de cession serait déterminé par un collège de tiers désignés selon les prévisions des articles 1592 et 1843-4 du code civil et précisait que ceux-ci devraient respecter les "règles en usage au sein du mouvement Leclerc" et, pour l'évaluation du fonds de commerce, du droit au bail et autres éléments incorporels, faire application des "règles posées par le mouvement Leclerc", l'arrêt retient que la seule référence à ces règles est dépourvue de précision suffisante et ne garantit pas que le prix sera estimé en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire dès lors que ni la promesse de cession d'actions ni aucun document existant au plus tard à la date de la promesse, même versé ultérieurement, ne précise la consistance des règles posées par le mouvement Leclerc en matière d'évaluation des fonds de commerce ou plus généralement d'évaluation de droits sociaux ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les tiers chargés de fixer le prix avaient reçu mission de le faire par référence à des règles qui n'étaient pas déterminées, et abstraction faite du motif surabondant critiqué par la seconde branche, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante visée par la première branche, a légalement justifié sa décision et décidé à bon droit que le prix n'était pas déterminable ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en ce qu'il est soutenu par MM. X... et Y..., n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le second moyen du même pourvoi :

Attendu que les sociétés Scapest et Lunedis et MM. X... et Y... font encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1 / que l'article 20 de la promesse de cession d'actions stipulait que si au moment de la levée d'option, un agrément par la société était nécessaire, les promettants, s'ils ont le droit de statuer sur cet agrément, s'obligent à formuler un avis favorable et s'engagent à faire tout ce qui sera en leur pouvoir pour faciliter cet agrément et que "le défaut d'agrément ne peut fonctionner qu'en tant que condition résolutoire de la cession projetée, l'intention des parties étant en effet que la cession produise tous ses effets dès l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception même s'il n'a pas encore été statué sur l'agrément" ;

qu'en décidant cependant que l'obtention de l'agrément du conseil d'administration préalablement à la levée d'option était une condition de validité de celle-ci, la cour d'appel a fait une fausse application du contrat et ainsi violé l'article 1134 du code civil ;

2 / que, si la cour d'appel a considéré que le bénéficiaire de la promesse devait, à défaut d'avoir obtenu l'agrément avant la levée de la cession, avoir mis en demeure le promettant d'exécuter son engagement de faciliter l'octroi de l'agrément, elle a relevé d'office ce moyen tiré de la nécessité d'une démarche du bénéficiaire auprès du promettant antérieurement à la levée d'option, les intimés ayant uniquement soutenu que l'obtention préalable de l'agrément du conseil d'administration était une condition de validité de la levée d'option ; qu'en s'abstenant de provoquer les explications préalables des parties, la cour d'appel a méconnu le principe du contradictoire et violé l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt étant justifié par les motifs que critique vainement le premier moyen, les griefs du second moyen, qui s'adressent à des motifs surabondants, ne peuvent être accueillis ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 03-21042

LA COUR (...)

Joint les pourvois n° J 03-21.042 formé par les consorts X..., M. Y... et la société Sodix et n° H 03-21.155 formé par la société ITM Nord F, MM. Z..., A..., B..., C..., D..., qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que les consorts X..., Y..., la société Sodix et la société Sodicamb, actionnaires de la société Sodimer, qui exploitait un centre Leclerc, ont, le 3 mars 1994, signé un pacte prévoyant que tout projet de cession d'actions devrait faire l'objet d'une offre préalable de cession aux autres actionnaires moyennant un prix déterminé à l'amiable ou à dire d'experts ; qu'à la suite de la démission, au mois d'avril 1996, de Mme X... de l'Association des centres distributeurs Edouard Leclerc (ACDLEC) et de la société Sodimer des sociétés coopératives du mouvement Leclerc, les consorts X..., Y... et la société Sodix, ont cédé les 2996 actions sur les 3000 parts composant le capital social de la société Sodimer qu'ils détenaient à la société ITM Nord (groupe Intermarché) et à M. C..., Weste, D..., Z..., A... et B... ; que la société Sodicamb, à laquelle ces actions n'avaient pas été proposées et qui entendait se prévaloir du pacte de préférence, a fait assigner les cédants et cessionnaires afin de voir déclarer nulle la cession ; que ces derniers ont invoqué la nullité dudit pacte ; que le tribunal a accueilli à la demande de la société Sodicamb ; qu'après avoir confirmé le jugement, la cour d'appel a fait injonction aux cédants de mettre en oeuvre la procédure définie par le pacte de préférence ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° H 03-21.155 :

Attendu que la société ITM Nord et MM. Z..., A..., B..., C... et D... font grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leur demande tendant à voir dire la société Sodicamb irrecevable en ses prétentions par application de l'article 31 du nouveau code de procédure civile, alors, selon le moyen, qu'en vertu de l'article 455 du nouveau code de procédure civile, toute décision doit être motivée ; que la cour d'appel n'a absolument pas précisé les motifs pour lesquels elle a écarté le moyen d'irrecevabilité de la société Sodicamb, violant ainsi le texte susvisé ; Mais attendu que la cour d'appel ayant implicitement adopté les motifs du jugement constatant l'intérêt à agir de la société Sodicamb susceptible de se porter acquéreur des actions de la société Sodimer, le moyen n'est pas fondé ; Mais sur le premier moyen du pourvoi n° J 03-21.042, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que, statuant sur la demande tendant à la nullité du pacte de préférence conclu le 3 mars 1994 en ce qu'il prévoit des mécanismes illicites de fixation par experts du prix de cession des actions, l'arrêt retient que la référence aux critères habituellement retenus dans le mouvement Leclerc constitue un élément de fixation du prix de cession des titres qui n'est pas impératif pour les experts ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le pacte prévoit que les experts "devront veiller plus particulièrement en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires dans la région ou des régions comparables, mais plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et qu'ils "devront s'inspirer des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions", la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 septembre 2003, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

Cass. com. 30 mai 2012, n° 11-18024

LA COUR (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Lioser et M. X... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par la société ITM région parisienne ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que la société Lioser, constituée par M. X..., exploitait un magasin Intermarché en vertu d'un contrat d'enseigne conclu le 21 avril 1998 pour dix ans avec la société ITM Entreprises ; que la société ITM région parisienne, filiale de cette dernière, est devenue détentrice de 34 % en nue-propiété des actions représentant le capital de la société Lioser ; que sa qualité de nue-propiétaire lui donnait le droit de vote aux assemblées générales extraordinaires ; que le 26 octobre 2007, M. X... et la société Lioser ont informé la société ITM Entreprises que le contrat d'enseigne

ne serait pas renouvelé à son échéance ; que la société ITM région parisienne, soutenant que la décision de ne pas reconduire le contrat d'enseigne relevait, en application des statuts, de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, a fait assigner la société Lioser et M. X... en annulation de la dénonciation de ce contrat ; que la société Lioser et M. X... ont soulevé la nullité de la disposition statutaire imposant la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour dénoncer le contrat d'enseigne ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société ITM région parisienne fait grief à l'arrêt d'avoir écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, alors, selon le moyen, qu'en considérant que la société Lioser et M. X... pouvaient exciper, perpétuellement, de la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, cependant que l'exception de nullité de l'article 34 n'était invoquée que pour faire obstacle à la demande de nullité de la dénonciation du contrat d'enseigne, laquelle ne tendait donc pas à faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique, la cour d'appel a violé l'article 1844-14 du code civil ;

Mais attendu que l'exception de nullité peut seulement être invoquée pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ; qu'ayant relevé que la société Lioser et M. X... n'avaient pas convoqué une assemblée générale extraordinaire en vue d'autoriser la dénonciation du contrat d'enseigne, ce dont il résultait que la disposition statutaire dont ils demandaient la nullité n'avait pas été exécutée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa seconde branche :

Sur la recevabilité du moyen contestée par la défense :

Attendu que le moyen est de pur droit, le pourvoi ne se prévalant d'aucun fait qui n'ait été connu par les juges du fond, soumis à leur appréciation et constaté dans la décision attaquée ; que la fin de non-recevoir n'est pas fondée ;

Et sur le moyen :

Vu l'article 1844-10, alinéa 2, du code civil, ensemble les principes de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence ;

Attendu que pour dire n'y avoir lieu de prononcer la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, l'arrêt retient que cette disposition statutaire, qui est conforme à l'article L. 225-96 du code de commerce, ne contrevient, en elle-même, ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anti-concurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il retient encore qu'en réalité, la société Lioser et M. X... contestent la convention d'usufruit sans en tirer une quelconque conséquence, et surtout l'usage abusif ou illicite que la société ITM Entreprises, sous le couvert de la société ITM région parisienne qu'elle contrôle, peut faire de la minorité de blocage qu'elle détient pour imposer la poursuite sans fin du contrat de franchise ; qu'il retient enfin qu'alors même que ces contestations seraient fondées, elles ne sauraient, en toute hypothèse, entraîner la nullité de la disposition statutaire incriminée ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée,

si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait la société ITM région parisienne et compte tenu de la dépendance de cette dernière envers la société ITM Entreprises dont elle était la filiale à 99 %, n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés ;

Et attendu que la cassation sur le premier moyen entraîne la cassation, par voie de conséquence, de la disposition de l'arrêt ayant prononcé la nullité de la dénonciation du contrat d'enseigne à laquelle M. X... a procédé sans autorisation de l'assemblée générale extraordinaire de la société Lioser, ainsi que celle de la délibération du conseil d'administration l'y ayant autorisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief du premier moyen ni sur le second moyen du pourvoi principal :

REJETTE le pourvoi incident ;

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit n'y avoir lieu de surseoir à statuer, infirmé le jugement et déclaré la société ITM région parisienne recevable en son action, l'arrêt rendu le 17 février 2011, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13178

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Idéal France et Dudule entretenaient des relations commerciales suivies avec la société Guiot qui leur vendait à des tarifs préférentiels ses produits destinés à la vente aux grandes surfaces ; que, se plaignant de la brutalité de la rupture de ces relations résultant, selon elles, d'une augmentation sans préavis des tarifs qui leur étaient jusqu'alors consentis par la société Guiot, les sociétés Idéal France et Dudule l'ont assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Guiot a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour dire que le tribunal de commerce de Libourne n'était pas compétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par les sociétés Idéal France et Dudule, l'arrêt retient que les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années ont créé une situation contractuelle que l'une d'elle ne peut unilatéralement modifier sans préavis sans engager sa responsabilité contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison du lieu du siège social de la société Guiot et de la clause attributive de compétence figurant dans ses tarifs, le tribunal de commerce de Nantes était seul compétent ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 janvier 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;

Condamne la société Guiot aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-45048

La Cour (...)

Sur les deux moyens réunis :

Vu l'article L. 781-1, 2 du code du travail ;

Attendu que M. X... a conclu, le 26 avril 1993, avec la société France acheminement, transporteur spécialisé dans la livraison de courriers et de colis express, un contrat de franchise ayant pour objet l'organisation de tournées ; que les sociétés France acheminement et France acheminement exploitation pour lesquelles il exécutait ses prestations, ont fait l'objet d'une procédure collective et ont été mises en liquidation judiciaire par jugement du 8 août 2003 ; que, le 18 septembre 2003, M. X... a saisi le conseil de prud'homme d'une demande de requalification du contrat de franchise et aux fins de voir fixer sa créance au titre de rappels de salaire, d'indemnités et dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter ses demandes, la cour d'appel a retenu que M. X... a constitué une société destinée à servir à son activité de "franchisé" pour les sociétés France acheminement ; qu'en souscrivant le contrat de franchise en cause, M. X... avait l'intention d'exercer son activité de façon indépendante dans le cadre de la société qu'il avait créée à cet effet ; "qu'il ne saurait à présent au mépris de ses engagements, prétendre avoir exercé cette activité à titre purement personnel considéré comme sa personne physique" ;

Attendu, cependant, qu'aux termes de l'article L. 781-1, 2, du code du travail, les dispositions de ce code qui visent les apprentis, ouvriers, employés et travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou

commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ; qu'il résulte de ce texte que dès lors que les conditions sus-énoncées sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la constitution par M. X... d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si les conditions énoncées à l'article L. 781-1, 2, susvisé, étaient réunies, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 septembre 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Cass. civ.1ère, 6 mars 2007, n° 06-10946

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société allemande Blaser Jagdwaffen (Blaser) a confié en 2000 à la société française Nemrod Frankonia (Frankonia), la distribution exclusive en France des armes, qu'elle fabrique en Allemagne ; que la société allemande ayant rompu les relations commerciales avec effet au 31 décembre 2003, la société Frankonia, l'a assignée, le 22 janvier 2005, devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance de Colmar, en réparation du préjudice subi du fait de cette rupture sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, et de celui subi pour atteinte à son image de marque ; que la société Blaser a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de Ravensburg (Allemagne) ;

Attendu que la société Frankonia fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 24 novembre 2005) d'avoir accueilli le contredit de compétence et de l'avoir renvoyée à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant qu'il fallait retenir qu'il existait bien une convention cadre pour en déduire que l'action en responsabilité engagée par la société Nemrod Frankonia, contre la société Blaser Jagdwaffen était de nature contractuelle et exclure la compétence du tribunal de grande instance de Colmar, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 7 du nouveau code de procédure civile ;

2°/ bien que l'action engagée fondée sur l'article L. 442-6 5 du code de commerce ait eu une nature délictuelle au sens de l'article 5 3° du Règlement communautaire du 22 décembre 2000, en affirmant néanmoins que cette action

était de nature contractuelle, pour en déduire que le tribunal de grande instance de Colmar était incompétent, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant que la clause attributive de compétence stipulée sur la confirmation de commande et les factures de la société Blaser Jagdwaffen devait recevoir application, après avoir relevé que la société Nemrod Frankonia avait assigné la société Blaser en réparation du préjudice provoqué par la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 23 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000

4°/ qu'en affirmant que les dispositions de police de la concurrence invoquée par la société Frankonia n'étaient pas applicables à des fournisseurs situés à l'étranger la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné ; que par ce seul motif l'arrêt est légalement justifié

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 26 sept. 2007, n°06-44863

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses trois dernières branches :

Vu l'article L. 781-1 2 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Ginkgo a été créée en février 2002 pour développer une activité de franchisé régional en matière de transport de plis et de petits colis avec le groupe Fastway ;

que, par acte du 27 mars 2003, elle a conclu avec la société X..., représentée par son gérant, M. X..., un contrat de franchisé courrier ; qu'après avoir mis en demeure la société Ginkgo de respecter les dispositions du code du travail, M. X... a, par lettre du 21 juin 2004, pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts exclusifs de la société et a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que, pour dire que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent pour connaître du litige et renvoyer l'affaire devant le tribunal de commerce, l'arrêt retient que le compte de résultat de la société X... fait apparaître un chiffre d'affaires supérieur à celui que M. X... a indiqué comme résultant de son activité "Fastway" ;

qu'il ne travaillait pas exclusivement pour le compte de la société Ginkgo,

comme d'ailleurs l'y autorisait le contrat conclu entre les deux sociétés ; que si la société Ginkgo fournissait des étiquettes de transport à des prix fixes, il ne s'agissait que de prix conseillés ; que si la société Ginkgo a attiré l'attention des courriers franchisés sur l'importance de respecter les horaires d'enlèvement et de livraison, plusieurs franchisés soulignent qu'ils possédaient une clé du dépôt, ce qui leur permettait d'avoir toute latitude dans la gestion de leur emploi du temps ; que sur ce point, l'attestation produite par M. X... est dépourvue de pertinence dès lors que le salarié fait état d'horaires qui ne coïncident ni avec son bulletin de salaire ni avec sa fiche horaire ; que la société X... établissait elle-même les factures des clients et utilisait son propre matériel et que les commerciaux de la société Ginkgo ne pouvaient visiter la clientèle qu'avec l'autorisation du courrier franchisé du secteur ; qu'il en déduit que même s'il existait une certaine dépendance entre les deux sociétés, les conditions fixées par l'article L. 781-1 2 du code du travail qui sont cumulables n'étaient pas toutes remplies et que M. X... ne peut valablement se prévaloir des dispositions de ce texte et revendiquer d'une façon générale l'application du code du travail ; **Qu'en statuant ainsi, alors que la société Ginkgo imposait à M. X... des horaires d'enlèvement et de livraison, ainsi que les prix à pratiquer, et sans rechercher le motif de la différence entre le chiffre d'affaires indiqué par M. X... sur le compte de résultat de sa société et celui reporté au titre de l'activité "Fastway", et sans se prononcer sur l'impossibilité pour l'intéressé de pratiquer une politique personnelle des prix, en raison de l'envoi à la clientèle d'une liste de prix imposés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;**

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 juillet 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ;

Cass. civ. 1ère, 22 oct. 2008, n° 07-15823

La Cour (...)

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé ;
Attendu que la société américaine Monster CableProductsInc (ci-après Monster Cable) a conclu le 22 octobre 1986, puis le 18 septembre 1995, avec la société française Audio marketing services (ci-après AMS) un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que l'article 7.5 du dernier contrat désigne les juridictions de San Francisco pour toute action découlant du contrat ; que la société Monster Cable a résilié le contrat le 2 août 2002 ; que la société AMS a assigné le 3 janvier 2003 la société Monster Cable devant le tribunal de commerce de Bobigny en application de l'article L. 442-6 du code de commerce pour abus de dépendance économique ;

Attendu que pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des

délits civils qui ont été commises sur le territoire national ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE (...)

Cass. com., 26 nov. 2008, n° 06-45104 et 06-45436

La Cour (...)

Vu leur connexité, joint les pourvois n°s A 06-45.104 et M 06-45.436 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que la société BP France a confié par convention du 23 décembre 1992 à la société X..., qui avait été constituée à cette fin par Mme X..., l'exploitation à compter du 15 janvier 1993 d'une station-service dont la première société était locataire sur la route nationale 13 à Bonnières-sur-Seine ; que cette exploitation se déroulait suivant un mandat pour la distribution de carburant, fourni exclusivement par la société BP France aux conditions et prix imposés par celle-ci, et suivant une location-gérance pour les autres activités du fonds de commerce ; que les pertes de l'exploitation ont conduit les parties à mettre fin à leurs relations contractuelles avec effet du 3 février 1995 ; que Mme X... a assigné au nom de la société X... la société BP France le 1er février 1995 devant le tribunal de commerce afin que soit reconnue la nullité des contrats conclus entre les deux sociétés ; qu'elle a été déboutée de ses demandes par arrêt irrévocable de la cour d'appel de Paris du 30 avril 2003 ; qu'elle a saisi le 20 février 2004 la juridiction prud'homale sur le fondement de l'article L. 781-1 du code du travail, recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4 ; que par arrêt du 6 décembre 2005 frappé d'un pourvoi déclaré irrecevable le 21 décembre 2007, la cour d'appel de Versailles, statuant sur contredit, a déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître du litige et évoqué l'affaire au fond ; que par arrêt du 27 juin 2006, la même cour a, entre autres dispositions, décidé que Mme X... était en droit de prétendre au paiement d'un rappel de salaire au coefficient conventionnel 230, et a ordonné une expertise pour déterminer le montant de la rémunération qui lui était due ;

Sur le premier moyen du pourvoi de la société BP France en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 6 décembre 2005 :

Attendu que la société BP France fait grief à l'arrêt statuant sur contredit d'avoir déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître du litige alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 782-1, 2°, du code du travail étendent celles-ci aux seules personnes physiques visées par ce texte, à l'exclusion des sociétés et de leurs représentants légaux, sauf à établir que leur personnalité morale est fictive ; qu'en retenant qu'elle a subordonné la conclusion et l'exécution d'un contrat de location-gérance avec la société X... à la condition

que Mme X... en reste la gérante et qu'elle en assure la direction, la cour d'appel qui s'est bornée à énoncer que la conclusion d'un contrat de location était empreinte d'un *intuitu personae*, s'est déterminée par des motifs impropres à établir que la société X... ne jouirait d'aucune personnalité morale autonome et distincte de celle de Mme X... qui se serait comportée comme le maître de l'affaire ; qu'ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions précitées, ensemble l'article 1842 du code civil ;

2°/ subsidiairement, qu'un gérant de station-service ne pouvant cumuler les avantages attachés à sa qualité de commerçant avec ceux du droit du travail, il renonce nécessairement à toute action tendant à se voir reconnaître la qualité de gérant-salarié, au sens de l'article L. 781-1, alinéa 2, du code du travail, dès lors qu'il a réclamé le bénéfice de son contrat de locataire-gérant devant les juridictions consulaires ; qu'elle rappelait dans ses conclusions récapitulatives, que Mme X... avait soutenu devant la juridiction consulaire, que sa propre rémunération était garantie par les accords interprofessionnels auxquels renvoie le contrat de location-gérance de la station-service ; qu'en affirmant que la saisine des juridictions commerciales par Mme X..., au nom de la société X..., aux fins de voir annuler les contrats de mandat et location-gérance, ne caractérise pas, à elle seule, la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de renoncer aux droits qu'elle pouvait tenir à titre individuel du code du travail, la cour d'appel qui n'a pas recherché, ainsi qu'elle y était invitée, si Mme X... n'avait pas sollicité dans son propre intérêt, le bénéfice des avantages attachés à sa qualité de commerçant devant les juridictions consulaires, a privé sa décision de base légale au regard de la disposition précitée, ensemble l'article 1134 du code civil ;

3°/ qu' il est défendu aux juges de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises ; qu'en affirmant, en termes généraux, pour écarter le moyen qu'elle tirait de la faible part dans les bénéfices de l'exploitant, des commissions versées, en contrepartie de la vente sous exclusivité de carburants, que seule la comparaison des chiffres d'affaires réalisés par l'exploitant, sous exclusivité, d'un côté, et hors exclusivité, de l'autre, permet aux tribunaux de décider si l'activité réelle de l'exploitant de la station-service relève de l'article L. 781-1, 2° du code du travail, la cour d'appel qui a statué par voie de dispositions générales et réglementaires, s'est interdit d'exercer le pouvoir souverain d'appréciation qu'elle tient de la loi ; qu'ainsi, elle a violé l'article 5 du code civil, ensemble la disposition précitée ;

4°/ qu' en toute hypothèse elle rappelait dans ses conclusions (p. 24, 6ème alinéa et svts), que le chiffre d'affaire réalisé par Mme X..., en tant que son mandataire exclusif , devait être minoré du montant des taxes sur les produits pétroliers qui sont particulièrement élevées, afin de le comparer au chiffre d'affaire que la société X... retire de la vente "hors exclusivité" d'autres produits qui ne sont pas assujettis aux mêmes taxes que la distribution des carburants ; qu'en décidant qu'elle ne conteste pas la part représentée dans le chiffre d'affaire total, par la vente de carburants et de lubrifiants, tel que calculé sur la seule base de leur prix de vente, la cour d'appel a dénaturé ses conclusions critiquant ce

mode de calcul ; qu'ainsi, elle a violé l'article 4 du code de procédure civile ; Mais attendu que, selon le premier alinéa de l'article L. 781-1 du code du travail, recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, les dispositions de ce code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir les objets à traiter, manutentionner, transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise aux prix et conditions imposés par ladite entreprise ;

Et attendu, d'abord, que la cour d'appel a relevé, que la location-gérance avait été confiée par la société BP France à la société X... en considération de la personne de Mme X... et que les dispositions contractuelles spécifiaient que la location-gérance prendrait fin si cette dernière cessait d'être gérante et d'en assurer personnellement la direction ; qu'elle en a exactement déduit que, nonobstant le contrat conclu entre les deux sociétés, Mme X... était recevable à invoquer les droits qu'elle pouvait tenir à titre individuel du code du travail en application de l'article L. 781-1, 2°), devenu L. 7321-2, alinea 1, 2°), de celui-ci ; Attendu, ensuite, que la cour d'appel a relevé que le fait pour Mme X... d'avoir saisi la juridiction commerciale au nom de la société X... afin que soit reconnue la nullité des contrats conclus par cette dernière avec la société BP France ne caractérisait pas à lui seul la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de renoncer aux droits qu'elle pouvait tenir à titre individuel du code du travail ; Attendu, enfin, que par des motifs déduits de son appréciation souveraine, la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les écritures de la société qu'elle a prises en compte, et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a constaté que la distribution des carburants et des lubrifiants fournis par la société BP France constituait l'activité prépondérante de la station-service ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le second moyen du pourvoi de la société BP France en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 27 juin 2006 :

Vu les articles L. 143-14 du code du travail, devenu L. 3245-1, et 2251 du code civil ;

Attendu que pour écarter la fin de non-recevoir tirée de la prescription quinquennale prévue aux articles susvisés, la cour d'appel a retenu que l'action engagée par Mme X... en ce qu'elle tendait à obtenir le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 du code du travail, recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, se prescrivait par trente ans en application de l'article 2262 du code civil, qu'au surplus l'intéressée s'était vu dénier par la société BP France le droit de bénéficier des dispositions de l'article L. 781-1 précité, avait ainsi été mise dans l'impossibilité d'agir en paiement des salaires qu'elle estimait lui être dûs, de sorte que ses

demandes à caractère salarial n'étaient pas atteintes par la prescription quinquennale ;

Qu'en statuant ainsi alors que seule la prescription quinquennale prévue par l'article L. 143-14 susvisé, devenu L. 3245-1, s'appliquait, en vertu de l'article L. 781-1 précité du code du travail recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, à l'action engagée par Mme X... devant la juridiction prud'homale, neuf ans après la fin des relations contractuelles, pour statuer sur ses demandes de nature salariale et qu'il ne résultait pas de ses constatations que Mme X... s'était trouvée dans une impossibilité d'agir suspendant cette prescription, la dénégation par la société BP France de son droit à bénéficier des dispositions de l'article L. 781-1 recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, ne l'empêchant pas de contester cette position devant la juridiction prud'homale, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

Attendu que la cour de cassation est en mesure de donner au litige une solution définitive en cassant sans renvoi ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur le pourvoi formé par Mme X... à l'encontre de l'arrêt du 27 juin 2006, que la cassation de ce dernier rend sans objet :

REJETTE le pourvoi de la société BP France en ce qu'il est formé contre l'arrêt du 6 décembre 2005 ;

Statuant sur le pourvoi en ce qu'il est formé contre l'arrêt du 27 juin 2006 ;

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 juin 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société Chantal Pieri, franchisée de la société Chattawak, est devenue, par contrat du 11 juin 1999, affiliée de cette société ; qu'elle a informé la société Chattawak qu'elle voulait changer l'emplacement de son magasin ; que cette société lui a demandé de lui faire connaître le lieu, les surfaces du local et les conditions financières du changement, puis a mis fin au contrat au motif qu'un compromis de cession de droit au bail avait été signé sans son accord ; que la société Chantal Pieri l'a assignée afin que la qualité d'agent commercial lui soit reconnue, que la rupture du contrat soit déclarée à l'initiative du mandant et qu'elle soit condamnée à lui payer une indemnité de cessation de contrat ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Chattawak reproche à l'arrêt de l'avoir condamnée au paiement de la somme de 145 000 euros à titre d'indemnité de rupture, alors, selon le moyen que le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ; qu'agissant sous son nom, il est partie aux contrats de vente et en assume les obligations et les risques ; qu'en se prononçant, pour décider que la société Chantal Pieri n'était

pas commissionnaire mais mandataire de la société Chattawak, par des motifs liés à la commercialisation des articles sous l'enseigne Chattawak et de la marque Chattawak et à des obligations découlant de l'affiliation à un réseau de vente, inopérants à établir si la société Chantal Pieri agissait en son nom ou en celui de la société Chattawak, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la société Chantal Pieri intervenait aux contrats de vente des articles à la clientèle en tant que vendeur ou en tant que représentant de la société Chattawak, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 134-1 du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'article 8 du contrat liant les parties précise que les marchandises et accessoires confiés à l'affilié restent la propriété de la société Chattawak et que les dispositions de l'article 11, qui ont un caractère essentiel, stipulent que l'affilié "encaissera le produit de l'ensemble des ventes au détail faites à la clientèle en versant ces montants sur un compte bancaire ouvert au nom de la société Chattawak ; ces remises de fonds interviendront au moins trois fois par semaine", tandis que le ticket de caisse versé aux débats établi par le logiciel "terminal point de vente" fourni par la société Chattawak et impérativement utilisé par l'affilié pour la gestion du magasin mentionne "Chattawak, 7 rue Sommelier-74 000 Annecy", sans aucune indication permettant d'identifier la société Chantal Pieri, l'arrêt retient que la société Chantal Pieri se trouvait contractuellement et dans les faits, tenue d'agir non seulement pour le compte, mais aussi au nom de la société Chattawak ; qu'ainsi, la cour d'appel a fait la recherche prétendument omise ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

Attendu qu'après avoir constaté que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle la société Chantal Pieri était "un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce", l'arrêt retient que cette société avait la qualité d'agent commercial de la société Chattawak ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, et n'a pas la qualité de commerçant, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, (...)

Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12336

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Auramo France s'approvisionnait depuis 1988 auprès de la société allemande GmbH SeithFödertechnik en éléments terminaux d'appareils de manutention, fourches et pinces diverses ; que la société GmbH SeithFödertechnik qui n'était pas le seul fournisseur de la société Auramo France lui conférait des avantages importants constitués par

des remises de 32 à 35 % ; que le 20 octobre 2000, la société SeithFödertechnik a notifié à la société Auramo la rupture des relations commerciales directes au 1er décembre 2000 et l'a invitée à adresser ses nouvelles commandes à la société Seith France et à négocier avec cette dernière des tarifs ainsi que le prix des études spéciales ; qu'après décembre 2000, la société Auramo France n'a plus acquis de matériel Seith ; qu'elle a assigné la société GmbHSeithFödertechnik et la société Seith France pour rupture brutale des relations commerciales et concurrence déloyale ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatrième et cinquième et branches :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-1-5 du code de commerce, ensemble l'article l'article 5 du règlement n° 44/2001 ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, troisième et sixième branches du moyen :

CASSE ET ANNULE (...)

Cass. com., 13 janv. 2009 , n° 08-13971

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Delor Vincent était le concessionnaire exclusif dans le département de la Lozère de la société Renault Agriculture; que se plaignant de la brutalité de la rupture de leurs relations par cette dernière, la société Delor Vincent l'a assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Renault Agriculture a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Versailles incompétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par la société Delor Vincent, l'arrêt retient que le litige qui porte sur le point de savoir si la rupture des relations contractuelles entre les parties est intervenue dans le

respect des dispositions du contrat de concession, revêt une nature contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison de la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat, le tribunal de commerce de Paris est compétent ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Delor Vincent avait assigné la société Renault agriculture exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce et que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche :
CASSE ET ANNULE (...)

Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-40371

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 781-1 recodifié sous les n° L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société des pétroles Shell a confié par acte sous seing privé du 2 mai 2001 à la société AFI, représentée par ses cogérants M. et Mme X..., l'exploitation d'une station-service située au Kremlin-Bicêtre pour une durée expirant le 1er mai 2004 ; que cette exploitation se déroulait suivant un mandat pour la distribution de carburant, et suivant une location-gérance pour les prestations de services et ventes de marchandises et produits divers sous la responsabilité de l'exploitant ; que les parties ont mis fin à leurs relations contractuelles d'un commun accord par acte du 13 août 2003 avec effet au 30 septembre 2003 ; que M. et Mme X..., revendiquant le bénéfice de l'article L. 781-1 du code du travail, ont saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour dire que le litige élevé entre la société Shell et les époux X... ne relevait pas de la compétence prud'homale et renvoyer l'affaire devant le tribunal de commerce de Paris, la cour d'appel a retenu que les dispositions de l'article L. 781-1 du code du travail ne s'appliquaient pas à une personne morale ni aux gérants de celle-ci, qu'il résultait des statuts et des pièces produites que la société AFI avait été constituée par M. et Mme X..., disposant chacun de 195 parts sociales et par M. Habib Y..., disposant de 390 parts, aux fins d'exploitation de tous fonds de commerce de station-service, qu'elle a été immatriculée le 16 juillet 2001, qu'elle a recruté plusieurs salariés pour les besoins de son activité, qu'il n'était pas démontré, au regard des documents sociaux ni même allégué que la société AFI, qui avait par ailleurs intenté une action en annulation du contrat d'exploitation devant le tribunal de commerce,

n'était qu'une société fictive, et qu'il n'était nullement établi qu'en fait l'activité professionnelle n'avait été exercée que par les deux associés cogérants ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 recodifié sous les n° L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail n'est pas subordonné au caractère fictif de la société ni à la condition que l'activité professionnelle découlant de cette exploitation soit exercée par les seuls intéressés à l'exclusion de l'emploi de salariés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 novembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.980

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 27 novembre 2008), que la Banque régionale de l'Ouest (la BRO), aux droits de laquelle se trouve le Crédit industriel de l'Ouest, a consenti à la société LCEC, avec le cautionnement solidaire des époux X... et de la société HCCL, société holding appartenant à ceux-ci, un prêt ayant pour objet le financement de travaux d'aménagement et des besoins en fonds de roulement d'un magasin de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, créé sous l'enseigne Expert, laquelle est exploitée par un groupement coopératif de commerçants indépendants qui, par l'adhésion au réseau, bénéficient d'une centrale de référencement ; que la société LCEC ayant été mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a déclaré sa créance et assigné les cautions en exécution de leurs engagements ; que les époux X... ont alors appelé en garantie les sociétés Groupe Expert et Expert France, devenue la société EX & CO (les sociétés Expert), en leur reprochant d'avoir établi une étude de **marché** fautive à l'origine de la défaillance de la société LCEC ; que M. Z..., mandataire liquidateur de la société LCEC, et la société Langlois, maison mère de cette société, sont intervenus volontairement à l'instance ;

Attendu que les sociétés Expert font grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à garantir les époux X... au titre des sommes dues à la BRO ainsi qu'à payer à M. X... la somme de 73 700 euros et à M. A..., liquidateur des sociétés Langlois et HCCL, la somme de 76 300 euros à titre de dommages-intérêts, alors selon le moyen :

1°/ que "Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » ne s'applique

qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur ; qu'en relevant que les sociétés Langlois et LCEC avaient la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et donc n'étaient pas tenues à l'égard des sociétés Expert d'une exclusivité d'activité, et en appliquant néanmoins les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce relatives à l'information préalable, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article L. 330-3 du code de commerce ;

2°/ que la pièce n° 10 intitulée «Etude de marché» indiquait dans la rubrique «Estimation du marché potentiel» un simple «CA (chiffre d'affaires) théorique objectif» (Etude de marché, p. 38) pour trois années et non de véritables «comptes prévisionnels» ; qu'en considérant néanmoins que les sociétés Expert avaient établi des «comptes prévisionnels», et, partant, commis une faute à l'origine des préjudices subis par les époux X... et les sociétés LCEC et Langlois, la cour d'appel a dénaturé l'«Etude de marché» et violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que l'article L. 330-3 du code de commerce ne met pas à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels ; que si de tels documents sont néanmoins établis et communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition ; qu'en considérant néanmoins que, dans le cas où de telles informations sont données, l'article L. 330-3 du code de commerce impose à l'animateur du réseau une présentation sincère du marché local ainsi que l'établissement de budgets raisonnables sur la base de chiffres non contestables, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 330-3 du code de commerce ainsi que l'article 1382 du code civil ;

4°/ que la bonne foi est toujours présumée et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ; qu'en considérant que les sociétés Expert avaient méconnu leur obligation de contracter de bonne foi en délivrant une étude de **marché** local ainsi que des comptes prévisionnels trop optimistes, sans pour autant caractériser leur mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2274 du code civil ;

5°/ que seul le dommage directement causé par une faute est réparable ; que la cour d'appel n'a pas recherché si la faute reprochée consistant dans la réalisation d'une étude du **marché** local insuffisante ainsi que dans l'établissement de comptes prévisionnels trop optimistes, était à l'origine du préjudice et n'a pas vérifié si les époux X... n'auraient pas conclu, en toute hypothèse, le contrat ; qu'en mettant néanmoins à la charge des sociétés Expert la réparation de l'entier dommage découlant de la conclusion du contrat avec les époux X..., sans vérifier si les fautes reprochées aux sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent avaient directement causé la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc la mise en œuvre des cautionnements par la BRO, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que s'il existe pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non

concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce s'imposait aux sociétés Expert ;

Attendu, en deuxième lieu, que si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt précise que la charte de partenariat Expert est donnée avec calcul d'un chiffre d'affaires prévisionnel figurant dans une étude de marché de quarante huit pages dont il détaille le contenu et les défauts de méthode ; qu'il relève que le chiffre d'affaires réalisé par la société LCEC a été inférieur de plus de 36 % au chiffre d'affaires prévisionnel et retient que l'ampleur des différences entre prévisions et résultats traduit la légèreté avec laquelle cette étude a été entreprise alors qu'aucune faute de gestion expliquant les déboires du fonds de commerce n'est démontrée ; que la cour d'appel qui n'a pas dénaturé l'«Etude de marché» et n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la quatrième branche, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que l'arrêt relève que les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ; qu'ayant ainsi procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir négligée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-66773

La Cour (...)

Donne acte à la société ChomaratFashion concept, venant aux droits de la société Chattawak, de sa reprise d'instance ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 26 février 2008, pourvoi n° C-06. 20. 772), que la société Chantal X..., franchisee de la société Chattawak, est devenue, par contrat du 11 juin 1999, affiliée de cette société ; qu'elle a informé la société Chattawak qu'elle voulait changer l'emplacement de son magasin ; que cette société lui a demandé de lui faire connaître le lieu, les surfaces du local et les conditions financières du changement, puis a mis fin au contrat au motif qu'un compromis de cession de droit au bail avait été signée sans son accord ; que la société Chantal X... l'a assignée afin que la qualité d'agent commercial lui

soit reconnue, que la rupture du contrat soit déclarée à l'initiative du mandant et qu'elle soit condamnée à lui payer une indemnité de cessation de contrat ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, qui est recevable :

Vu les articles L. 132-1 et L. 134-1 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société Chattawak au paiement d'une indemnité de cessation du contrat à la société Chantal X..., après avoir constaté que les recettes des ventes étaient déposées sur un compte ouvert au nom de la société Chattawak, que les correspondances adressées à la société Chantal X... mentionnaient la dénomination de la boutique Chattawak, que les tickets de caisse comportaient le nom de Chattawak et que la société Chantal X... était tenue d'apposer la seule enseigne Chattawak, l'arrêt retient que celle-ci agissant non en son nom, comme le stipule le contrat, mais au nom de la société Chattawak, le contrat doit être requalifié en contrat d'agent commercial ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher laquelle des deux sociétés avait la qualité juridique de vendeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Sur le moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société Chattawak au paiement d'une indemnité de cessation de contrat à la société Chantal X..., l'arrêt retient encore qu'une clientèle, à l'évidence détachable de la marque Chattawak, était attachée à la société Chantal X... qui avait su fidéliser une clientèle en ce lieu, tandis que la société Chattawak avait pu ouvrir, dans le même temps, un nouveau magasin dans la même ville à son enseigne ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Et sur le moyen, pris en sa cinquième branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société Chattawak à payer une indemnité de cessation de contrat, l'arrêt retient enfin que la cession par la société Chantal X... du droit au bail des locaux où était exploité le fonds de commerce, sur lesquels la société Chattawak ne prétend pas avoir un quelconque droit, n'est pas un élément essentiel du litige ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la circonstance que la société Chantal X... ait été titulaire du bail commercial était un élément essentiel pour déterminer si celle-ci avait la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs,

CASSE ET ANNULE (...)

Cass. com., 8 juil. 2010, n° 09-67013

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 9 avril 2009) que la société suédoise HTC a conclu le 19 novembre 1999 avec la société française Doga, un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que ce contrat contenait une clause compromissoire ; que, le 26 mars 2007, la société HTC a résilié le contrat ; que la société Doga a assigné la société HTC devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce pour rupture abusive du contrat ; que la société HTC a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique en se prévalant de la clause compromissoire ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches, ci-après annexé :

Attendu que ce grief n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Doga fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son contredit et dit le tribunal de commerce de Versailles incompétent au profit de la juridiction arbitrale pour statuer sur le litige, alors, selon le moyen :

1°/ qu'après avoir relevé que la société Doga avait "introduit le présent litige sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° en faisant valoir que HTC avait rompu de manière brutale les relations commerciales établies", ce dont il résultait qu'était en cause l'application d'une loi de police, la cour d'appel, qui a néanmoins écarté la compétence, pourtant impérative en ce cas, des juridictions étatiques françaises revendiquée par la société Doga, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi l'article 3 du code civil, ensemble les principes généraux du droit international privé ;

2°/ Alors, en tout état de cause et subsidiairement, que la rupture brutale d'une relation commerciale établie, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, constitue un délit civil, qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur ; que même si cet agissement illicite a été commis à l'occasion d'un contrat, l'action en réparation intentée par la victime pour voir sanctionner la méconnaissance par l'autre partie d'une obligation légale est en elle-même sans lien avec le contrat, de sorte que la clause compromissoire qu'il contient est manifestement inapplicable au litige ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1458 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci n'était pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de Doga présentait un lien avec le contrat puisqu'elle se rapportait notamment aux conditions dans lesquelles il y avait été mis fin et aux conséquences en ayant résulté pour Doga, peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par

priorité sur sa propre compétence ; que le moyen ne peut être accueilli ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

Cass com., 4 oct. 2011, n°10-20956

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa cinquième branche :

Vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu selon l'arrêt attaqué, que la société Equip'buro 59 a conclu avec la société Sodecob un contrat de franchise pour l'exploitation de son fonds de commerce sous l'enseigne "Bureau center", impliquant l'adhésion à une coopérative de commerçants détaillants indépendants, constituée par la société Majuscule ; que les résultats obtenus, très inférieurs aux prévisions transmises par le franchiseur, ont conduit rapidement à la mise en liquidation judiciaire de la société Equip'buro 59, M. X... étant désigné liquidateur ; que ce dernier, agissant ès qualités, a demandé la nullité du contrat de franchise et la condamnation solidaire des sociétés Sodecob et Majuscule au paiement de dommages-intérêts, en invoquant, notamment, l'insuffisance de l'information précontractuelle fournie au franchisé ;

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation fondée sur l'erreur commise par le franchisé lors de la conclusion du contrat, l'arrêt retient que les insuffisances ponctuelles dans la documentation fournie ne peuvent être regardées, à les supposer établies, comme un élément essentiel dont la révélation eût été susceptible de conduire la société EquipBuro 59 à ne pas conclure le contrat, qu'en sa qualité de professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution, son dirigeant se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites dans la mesure où celles-ci ne pouvaient comporter de la part du promettant aucune obligation de résultat, que le seul fait qu'un écart soit effectivement apparu entre les prévisions de chiffre d'affaires telles qu'indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l'exploitation poursuivie par la société Equip'buro 59 ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur, lequel n'avait pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables et qu'il s'ensuit que M. X..., ès qualités, ne rapporte la preuve d'aucun dol ni d'aucune erreur de nature à justifier sa demande ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour

d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de nullité et d'octroi de dommages-intérêts formées par M. X..., ès qualités, l'arrêt rendu le 19 mai 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Cass. soc., 18 janv. 2012, n°10-23921

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un contrat de franchise a été passé le 15 octobre 1996 entre la société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher (la société Yves Rocher) et Mme Y..., pour l'exploitation d'un institut de beauté sous l'enseigne "Yves Rocher" à Sevrans (93) ; que la relation contractuelle a pris fin le 29 novembre 2002 ; que Mme Y... a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en application des dispositions de l'article L. 781-1 2° devenu l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Yves Rocher fait grief à l'arrêt de reconnaître l'existence d'un contrat de travail entre les parties et de la condamner en conséquence à payer à Mme Y... diverses sommes à titre de rappel de salaire, indemnité conventionnelle de licenciement et dommages-intérêts en indemnisation du préjudice résultant du licenciement, outre accessoires ;

Mais attendu que l'action tendant à faire reconnaître que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail sont applicables à un rapport contractuel n'exige pas que soit établie l'existence d'un lien de subordination ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a statué au regard des dispositions de cet article L. 781-1 2° devenu L. 7321-2 du code du travail, a constaté que les conditions cumulatives prévues par ce texte étaient remplies ;

Attendu, enfin, que l'employeur n'a pas précisé quel aurait été le salaire de référence applicable au coefficient 270 à l'époque considérée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Yves Rocher fait grief à l'arrêt de juger que la rupture du contrat de travail liant les parties s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la condamner en conséquence à payer à Mme Y... une indemnité conventionnelle de licenciement et des dommages-intérêts en indemnisation du préjudice résultant du licenciement ;

Mais attendu qu'il ne ressort ni des conclusions ni de l'arrêt que la société Yves Rocher ait soutenu que les circonstances de la rupture auraient caractérisé une rétractation du licenciement par la société Yves Rocher et une acceptation de cette rétractation par Mme Y..., en sorte que le moyen, en sa première branche, est nouveau, mélangé de fait et de droit, et, partant, irrecevable ;

Et attendu que la cour d'appel a retenu que la rupture de la relation contractuelle relevait de l'initiative prise le 16 octobre 2000 par la société Yves Rocher ; qu'en sa seconde branche, le moyen est inopérant ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 10 juill. 2012, n°11-20060

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 février 2011), que par contrat du 2 novembre 2005, la société TDF a confié à la société Unilog Management, aujourd'hui dénommée Logica Business Consulting (société Logica), la réalisation d'un projet informatique qui devait être achevé en août 2006 ; que par lettre du 30 janvier 2006, la société TDF a résilié unilatéralement le contrat, avec un préavis de 30 jours, et a proposé à la société Unilog de lui régler certaines de ses charges réelles ; que les négociations sur les conséquences financières de la résiliation ayant échoué, la société Logica a fait assigner la société TDF en paiement d'une certaine somme ; que cette dernière a formé une demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Logica fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'en l'espèce, les parties étaient expressément convenues dans l'article 20 du contrat conclu le 2 novembre 2005, que la résiliation du contrat pouvait intervenir à tout moment à la condition de respecter un préavis de 30 jours et de payer les prestations réalisées par le cocontractant et/ou ses sous-traitants en fonction des charges réelles réalisées, et il est constant que la société TDF ayant délibérément choisi, dans sa lettre du 30 janvier 2006, d'écarter la procédure de résiliation pour faute et décidé de procéder à la résiliation sans faute du contrat en respectant simplement un préavis de 30 jours et en proposant de régler les charges réelles engagées sur le projet, la cour d'appel ne pouvait débouter la société Logica de ses demandes en paiement à ce titre, sans violer, ensemble, l'article 20 du contrat et l'article 1134 du code civil ;

2°/ que selon l'article 20 du contrat conclu le 2 novembre 2005, les parties étaient aussi convenues d'une résiliation anticipée par une partie, en cas de manquement par l'autre partie à l'une de ses obligations, non réparé dans un délai de 30 jours suivant mise en demeure d'avoir à y remédier adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ; qu'en l'espèce, dès lors qu'il est constant, d'une part, que la société TDF avait délibérément choisi d'écarter la procédure de résiliation pour faute et de procéder à la résiliation en respectant simplement un préavis de 30 jours, sans mise en demeure préalable de la société Logica de remédier à ses éventuels manquements, et d'autre part, que la cour d'appel constate que la société TDF reconnaissait elle-même, dans sa lettre du 30 janvier 2006 que, répondant à sa demande de lui remettre "une proposition visant à atteindre l'objectif d'une mise en production à l'été 2006", la société

Logica s'était exécutée le 24 janvier suivant mais que la société TDF avait néanmoins décidé de rompre le contrat, la cour d'appel ne pouvait juger que la résiliation unilatérale et anticipée du contrat était justifiée par les griefs invoqués par la société TDF, sans méconnaître la convention des parties et violer les articles 1134 et 1184 du code civil ;

3°/ que, seule la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ; qu'en l'espèce, en l'état d'un contrat conclu le 2 novembre 2005, avec un objectif d'une mise en production à l'été 2006, la cour d'appel ne pouvait dire qu'était justifiée la résiliation unilatérale et anticipée par la société TDF intervenue le 30 novembre 2005, au prétexte que la phase de conception n'était pas achevée, qu'Unilog devait informer TDF des négociations sur les difficultés rencontrées avec Oracle et que des difficultés perduraient entre elles, dès lors qu'elle constatait que TDF était elle-même à l'origine des retards reprochés à son cocontractant et d'un défaut de collaboration, que, ce faisant, elle n'a pas caractérisé l'existence d'un manquement suffisamment grave imputable à l'exposante de nature à justifier la résiliation unilatérale ; que l'arrêt est entaché d'un défaut de base légale au regard des articles 1134 et 1184 du code civil

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que, selon les termes de la lettre du 30 janvier 2006, la société TDF a décidé, sans ambiguïté, de mettre fin au contrat sans se placer dans le cadre d'une résiliation sans faute ;

Attendu, d'autre part, qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des conclusions de la société Logica devant la cour d'appel, qu'elle ait prétendu que la société TDF avait mis fin au contrat sans respecter les stipulations contractuelles prévues en cas de résiliation pour faute ; que le moyen pris de cette circonstance est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, enfin, qu'ayant relevé que l'article 20 autorisait chacune des parties à résilier le contrat pour faute, ce dont il résultait que les parties avaient écarté l'appréciation judiciaire de la gravité de leur comportement, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante ;

D'où il suit que le moyen qui est irrecevable en sa deuxième branche et manque en fait en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 23 oct. 2012 , n°11-21978

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 septembre 2009), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 9 octobre 2007, pourvoi 05-14.118), que la société Espace télécommunication équipement (société ETE), mise par la suite en redressement puis liquidation judiciaires, a

conclu en 1998 et 1999 avec la société Cellcorp, mandataire de la Société française de radiotéléphone (société SFR), six contrats de franchise ; que ces conventions, conclues pour une période de deux ans renouvelable par période d'un an, sauf dénonciation moyennant un préavis de trois mois, ont été tacitement reconduites, jusqu'à ce que la société SFR refuse de procéder au renouvellement de cinq d'entre elles à leur échéance, et notifie la résiliation sans préavis de la sixième ;

Attendu que le liquidateur de la société ETE fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande indemnitaire au titre de sa perte de clientèle, alors, selon le moyen :

1°/ que le franchiseur qui rompt le contrat de franchise comportant une clause de non-concurrence doit indemniser le franchisé de la perte de sa clientèle propre ainsi subie ; qu'en relevant, pour débouter la société ETE de sa demande fondée sur la perte de sa clientèle, que la clientèle d'abonnés était exclusivement attachée aux prestations offertes par SFR quand, quelle que soit la valeur de la marque et des prestations du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait du franchisé et est créée par l'activité de ce dernier avec les moyens qu'il met en oeuvre à ses risques et périls, de sorte qu'en cas de rupture du contrat comportant une clause de non concurrence à l'initiative du franchiseur, le franchisé peut obtenir l'indemnisation de la perte de la clientèle qu'il subit ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1371 du code civil ;

2°/ que le franchiseur qui rompt le contrat de franchise comportant une clause de non-concurrence doit indemniser le franchisé de la perte sa clientèle propre ainsi subie ; qu'en déboutant la société ETE de sa demande d'indemnisation au motif que « le non-renouvellement des contrats conclus avec la société SFR était sans incidence sur la clientèle directement attachée au fonds exploité par la société ETE et que cette dernière pouvait, de toute façon continuer à gérer et développer » sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la perte indue de sa clientèle principale d'abonnés que la société ETE avait elle-même créée et développée n'avait pas privé cette dernière d'une partie de sa clientèle, accessoire, d'acheteur de matériels, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1371 du code civil ;

Mais attendu que les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ; que le moyen, qui soutient une thèse contraire, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 23 oct. 2012 , n°11-25175

La Cour (...)

Sur le troisième moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 septembre 2011), que la société LNP a confié la distribution de ses produits à la société Comaip, devenue par la suite la société Arnaud ; que le 1er mars 2006, la société GE plastics, venant aux droits de la société LNP, a notifié à la société Arnaud la fin de leur relation

commerciale avec un préavis de neuf mois, confiant ensuite la distribution de ses produits à la société Gazechim plastiques ; qu'estimant ce préavis insuffisant et invoquant un enrichissement sans cause pour avoir été dépossédée de sa clientèle, la société Arnaud a assigné la société Sabicinnovative plastics France, venant aux droits de la société GE plastics, ainsi que la société Gazechim plastiques, en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Azelis France, venant aux droits de la société Arnaud, fait grief à l'arrêt du rejet de ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que dans ses conclusions d'appel, la société Azelis France a expressément et précisément fait valoir qu'elle avait irrémédiablement perdu, entre 2005 et 2008, 204 clients sur 252 auxquels elle distribuait des produits spéciaux Sabic, et que ces clients avaient été automatiquement récupérés par les sociétés GE plastics, devenue Sabicinnovative plastics France, et Gazechim plastiques ; qu'en affirmant au contraire que la société Azelis France ne décrivait aucun mouvement de clients pour attester de la perte de son fonds de commerce, la cour d'appel a dénaturé les conclusions dont elle était saisie en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que tout distributeur qui se voit irrémédiablement dépossédé de tout ou partie de sa clientèle au profit de son fournisseur à la suite de la rupture de son contrat de distribution doit être indemnisé de la perte de son fonds de commerce sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'en affirmant que la société Sabicinnovative plastics France ne s'était pas appropriée la clientèle de la société Azelis France tout en constatant qu'elle avait informé les clients de la société Azelis France de ce que la distribution de ses produits était désormais confiée à la société Gazechim plastiques ou encore que l'intervention du fabricant était nécessaire à tous les stades du processus de vente des "compounds" spéciaux, ce qui démontrait que la clientèle de ce secteur n'était pas attachée à la personne du distributeur mais au savoir-faire du fabricant, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1371 du code civil, ensemble les principes qui régissent l'enrichissement sans cause ;

Mais attendu que les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ; que le moyen, qui soutient une thèse contraire, ne peut être accueilli ;

Et attendu que les premier, deuxième, quatrième et cinquième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 5 déc. 2012 , n° 11-22168, 11-22365

La Cour (...)

Vu la connexité, joint les pourvois n°s Y 11-22.168 et N 11-22.365 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un contrat de location-gérance a été conclu le 28 décembre 1998 entre la société Elf Antar France, aux droits de laquelle est venue la société Total France, elle-même devenue société Total raffinage marketing (Total), et la société ANC, relatif au fonds de commerce de la station-service de Colomars (06), pour une durée de trois ans à compter du 4 janvier 1999 ; que ce contrat a été prorogé, puis renouvelé jusqu'au 30 juin 2005 ; que le 18 septembre 2006, Mmes Nicole et Cécile X..., cogérantes de la société ANC, ont saisi la juridiction prud'homale en revendiquant le bénéfice de l'article L. 781-1 du code du travail, alors applicable, recodifié sous les articles L. 7321-1 et suivants du même code, pour obtenir le paiement par la société Total de diverses sommes à titre de rappel de salaires et d'indemnités, ainsi que leur immatriculation au régime général de la sécurité sociale ;

Sur le pourvoi n° Y 11-22.168 de la société Total :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de rejeter son exception d'inconventionnalité, alors, selon le moyen :

1°/ que le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit et fait partie des droits protégés par la juridiction européenne au titre du droit à un procès équitable ; que le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail n'est pas défini par ce texte et ne permet pas au fournisseur d'apprécier le risque de se voir imposer la mise en oeuvre des dispositions précitées ; qu'en refusant d'accueillir l'exception d'inconventionnalité soulevée par la société Total qui établissait l'imprévisibilité de la règle de droit posée par l'article L. 7321-2 du code du travail, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ que le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit et fait partie des droits protégés par la juridiction européenne au titre du droit à un procès équitable ; que le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail, en l'absence de toute définition par le texte des conditions précises de son application, ne permet pas de prévoir avec un degré suffisamment raisonnable de certitude, les conséquences pouvant en résulter ; qu'en refusant d'accueillir l'exception d'inconventionnalité soulevée par la société Total, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ne constitue pas une atteinte à la sécurité juridique le fait que les juridictions apprécient dans chaque cas l'importance, prépondérante ou non, de l'activité consacrée par un distributeur de produits au service du fournisseur et que le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce dernier, et en a déduit que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail ne sont

pas contraires à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que les dispositions des articles L. 7321 et suivants du code du travail s'appliquent en leur principe aux rapports des parties et bénéficient à Mmes X..., de rejeter sa demande tendant à une compensation de créances et de dire que l'inscription au régime général était obligatoire dès le début de l'activité des intéressées, alors, selon le moyen :

1°/ que la mise en œuvre des dispositions légales applicables au gérant de succursales au bénéfice de deux personnes physiques, gérantes et associées de société, impose que soit constatée la fictivité de la société qui a initialement conclu un contrat avec le distributeur de carburant et dont les gérantes prétendent relever du champ d'application des articles L. 7321-2 du code du travail ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2 du code du travail ;

2°/ que la mise en œuvre des articles L. 7321-1 et suivants du code du travail exige la constatation d'obligations réciproques entre celui qui prétend bénéficier des articles susvisés et son fournisseur ; qu'en ne relevant pas l'existence de telles obligations entre les deux gérantes de la société ANC et la société Total, tout en accordant le bénéfice des dispositions applicables au gérant de succursale à Mmes X... , la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;

3°/ que, subsidiairement, une même activité ne peut donner lieu à une rémunération au titre de deux statuts incompatibles pour une même période ; qu'en accordant à Mmes X... le bénéfice des dispositions applicables aux gérants de succursales après avoir constaté qu'elles en étaient les gérantes et associées, ce dont se déduisait qu'elles avaient perçu une rémunération au titre de cette gérance, la cour d'appel, qui a autorisé le principe d'une double rémunération de Mmes X... au titre d'une même période et d'une même activité, a violé les articles 1131 et 1134 du code civil ;

4°/ qu'en tout état de cause, la rémunération de gérants d'une station-service sous la forme de versement de salaires en application des articles L. 7321-1 à L. 7321-4 du code du travail doit être déterminée en tenant compte des rémunérations perçues au titre de la gérance qui a la même cause ; qu'en refusant de faire droit à la demande de la société Total, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-1 et suivant du code du travail

5°/ que, subsidiairement, la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel qu'elle était également fondée à se prévaloir de la déduction des sommes perçues de l'exploitation sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que, subsidiairement, en retenant qu'un lien était caractérisé entre Mmes X..., qui consacraient toute leur activité au fonctionnement de l'établissement et la société Total, tout en refusant de faire droit à la demande de cette dernière tendant à une compensation des créances, la cour d'appel n'a pas tiré les

conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1289 du code civil ;

7°/ que, subsidiairement, la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que dans l'hypothèse où il serait jugé que Mmes X... seraient créancières de la société Total au titre de l'exploitation de la station service, il devait être constaté qu'elles avaient perçu une rémunération à ce titre, peu important que ladite rémunération ait été versée par un tiers, à savoir, la société ANC, puisque selon l'article 1236 du code civil, une obligation peut être partiellement ou intégralement exécutée par un tiers ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen duquel il résultait que Mmes X... avaient déjà perçu d'un tiers une partie de leurs créances respectives au titre de l'exploitation de la station, ce qui imposait une déduction desdites sommes de celles éventuellement dues par la société Total, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté qu'au delà de la société ANC, l'activité d'exploitation de la station-service était en fait exercée par Mmes X..., de sorte que ces dernières pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail dès lors que les conditions cumulatives posées par ce texte étaient réunies ;

Attendu, enfin, que la compensation implique l'existence d'obligations réciproques entre les parties ; que les rémunérations perçues par Mmes X... en tant que cogérantes de la société ANC leur ayant été versées par cette société et non par la société Total, laquelle n'est ainsi aucunement créancière de Mmes X... à ce titre, la cour d'appel a exactement décidé qu'aucune compensation ne pouvait être opérée entre la créance de Mmes X... sur la société Total et les sommes perçues par elles de la société ANC ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que les dispositions des articles L. 7321 et suivants du code du travail s'appliquent en leur principe aux rapports des parties et bénéficient à Mmes X..., que les dispositions de la première partie, de la troisième partie en ses livres 1er et III et de la quatrième partie de ce code leur sont notamment applicables, que la convention collective applicable est celle de l'industrie du pétrole et que le coefficient 230 s'applique à Mmes X..., alors, selon le moyen, que nul ne peut bénéficier, au titre d'une même période, des dispositions légales reconnaissant un statut de gérant de succursale et des bénéfices du statut de salarié ; que la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que Mmes X... étaient salariées de la société ANC ; qu'en ne vérifiant pas si cette circonstance était de nature à exclure le bénéfice du statut de gérant de succursale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que Mmes X... avaient exercé leur activité au bénéfice exclusif de la société Total, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elles pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du

travail dès lors que les conditions posées par ce texte étaient cumulativement réunies ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses cinq dernières branches, les quatrième et cinquième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens, qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le pourvoi n° N 11-22.365 de Mmes X... :

Sur le premier moyen :

Attendu que Mmes X... font grief à l'arrêt de déclarer soumises à la prescription quinquennale leurs demandes en paiement de créances de nature salariale pour la période antérieure au 18 septembre 2001, alors, selon le moyen:

1°/ que toute personne a le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables lui assurant notamment "la rémunération qui procure au minimum à tous les travailleurs...un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale... le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés" ; que méconnaît ce droit à des conditions de travail justes et à la perception de la rémunération y afférente la loi nationale qui édicte une prescription quinquennale de ces rémunérations à compter de leur échéance, sans considération d'une éventuelle renonciation du travailleur à les percevoir, des conventions conclues entre les parties, ni du comportement du bénéficiaire de la prestation de travail ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ;

2°/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ; que n'est pas de nature à assurer l'effectivité de ce droit la législation nationale qui édicte une prescription quinquennale de l'action en paiement des créances afférentes à la reconnaissance d'un statut protecteur, privant ainsi de facto le bénéficiaire de ce statut de la possibilité de faire utilement valoir ces droits devant un tribunal ; que n'assure pas davantage le respect de ces droits fondamentaux l'unique réserve d'une impossibilité absolue d'agir ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1er et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens et que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ; qu'en appliquant au bénéfice de la société Total une prescription ayant pour effet de priver Mmes X... d'une partie substantielle des rémunérations constituant la contrepartie de l'activité déployée pour son compte, acquises à mesure de l'exécution de leur prestation de travail, la cour d'appel leur a infligé une privation d'un droit de créance disproportionnée avec l'objectif légal de sécurité juridique et a, partant, porté une atteinte excessive et

injustifiée au droit de ces travailleuses au respect de leurs biens, en violation de l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ qu'en appliquant à des travailleuses n'ayant jamais été reconnues comme ses salariées par la compagnie pétrolière mais devant, pour bénéficier des dispositions légales et conventionnelles applicables dans cette entreprise, faire judiciairement reconnaître leur droit au bénéfice du statut réservé aux gérants de succursales, une prescription destinée à éteindre les créances périodiques de salariés régulièrement tenus informés de leurs droits par la délivrance, notamment, d'un bulletin de salaire mensuel, la cour d'appel a édicté entre les différents travailleurs concourant à l'activité de la compagnie pétrolière une différence de traitement injustifiée, en violation de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

5°/ qu'en retenant que Mmes X... avaient "la possibilité absolue d'exercer un recours effectif... en cours d'exécution du contrat de commission", ce dont il résultait que ces gérantes de station service devaient connaître l'inefficacité de l'interposition entre elles et la compagnie pétrolière, à l'initiative de cette dernière, d'une personne morale seule titulaire des droits et obligations issus des contrats de gérance, interprétation non seulement imprévisible mais directement contraire au droit positif applicable à cette date, la cour d'appel a violé derechef les textes susvisés ;

Mais attendu, d'abord, que Mmes X... n'ayant pas été dans l'impossibilité d'agir en requalification de leurs contrats, lesquels ne présentaient pas de caractère frauduleux, et ne justifiant pas d'une cause juridiquement admise de suspension du délai de prescription, c'est sans méconnaître les dispositions des instruments internationaux visés par les trois premières et la dernière branches du moyen que la cour d'appel a appliqué la règle légale prévoyant une prescription quinquennale des actions en justice relatives à des créances de nature salariale ;

Attendu, ensuite, que la prescription quinquennale s'appliquant à l'ensemble des demandes de nature salariale, la cour d'appel a à bon droit exclu toute discrimination

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article L. 781-1, recodifié sous les articles L. 7321-1, L. 7321-2 et L. 7321-3 du code du travail, ensemble l'article 1165 du code civil ;

Attendu que pour débouter Mmes X... de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le contrat de location-gérance du 23 juin 2002 était prévu pour trois ans, jusqu'au 30 juin 2005, qu'il n'est donc établi, ni que la relation contractuelle était à durée indéterminée, ni que la volonté d'y mettre fin soit celle de la société Total, qu'ainsi la rupture des relations entre les parties au 30 juin 2005 ne saurait être assimilée à la rupture d'un contrat à durée indéterminée ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les clauses du contrat liant le fournisseur à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être

opposées au gérant agissant sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi n° Y 11-22.168 formé par la société Total raffinage marketing ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mmes X... de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 7 juin 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Cass. com., 22 octobre 2013, n°12 -19500

La Cour (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Vista automobiles que sur le pourvoi incident relevé par la société JP Froment ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 10 avril 2006, la société JP Froment, concessionnaire Fiat, a conclu avec la société Vista automobiles un contrat « Atelier agréé Fiat VP » permettant à cette dernière de s'approvisionner en pièces de rechange et d'assurer la vente de véhicules neufs ; qu'invoquant une rupture brutale des relations commerciales, la société Vista automobiles a fait assigner la société JP Froment en paiement de dommages-intérêts ; que soutenant que la société Vista automobiles avait pris l'initiative de mettre fin au contrat liant les parties, la société JP Froment a conclu au rejet de ses demandes et sollicité reconventionnellement sa condamnation au paiement d'une indemnité calculée en fonction du délai de préavis contractuel ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société JP Froment fait grief à l'arrêt d'avoir limité à la somme de 39 196 euros la condamnation de la société Vista automobiles prononcée à son profit, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges ne peuvent porter atteinte à la force obligatoire des conventions ; qu'ils ne peuvent écarter le préavis stipulé au contrat en raison de la brièveté de la relation commerciale existant entre les parties ; que la société JP Froment sollicitait dans ses écritures d'appel l'application du délai de préavis contractuel de vingt-quatre mois fixé par l'article 7.2 du contrat « Atelier Agréé Fiat VP » conclu avec la société Vista automobiles le 10 avril 2006 ; qu'en énonçant, pour limiter la durée du préavis à six mois, durée doublée à un an au motif que le contrat portait sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, qu'« un préavis de vingt-quatre mois était trop long eu égard à la faible ancienneté des relations commerciales établies entre la SA JP Froment et la SARL Vista automobiles (moins de vingt mois) », la cour d'appel, qui a ouvertement méconnu la loi des parties, a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que les juges ne peuvent méconnaître la loi des parties ; que l'article 7.2 du contrat stipule que « chaque partie peut résilier le présent contrat, à tout moment, en notifiant à l'autre un préavis de vingt-quatre mois, par lettre

recommandée avec avis de réception, cette résiliation prenant effet le dernier jour du vingt-quatrième mois à compter de la première présentation de la lettre de résiliation » ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu par l'article 7.2 du contrat, qu'il pouvait être reproché à la société JP Froment de ne pas avoir mis en oeuvre les conditions formelles d'application de l'article 7.2, et qu'ainsi cette dernière ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il résulte des termes clairs et précis de cette stipulation que c'est à l'auteur de la résiliation d'adresser un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception propre à faire courir le délai de vingt-quatre mois et que l'arrêt relève que la résiliation du contrat avait été décidée unilatéralement par la société Vista automobiles le 1er décembre 2007, la cour d'appel, qui ne pouvait refuser de faire application du préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu à l'article 7.2 du contrat et invoqué par la société JP Froment, a méconnu la loi des parties en violation de l'article 1134 du code civil ;

3°/ que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ; que la société JP Froment faisait valoir dans ses écritures qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir mis en oeuvre l'article 7.2 du contrat prévoyant, en cas de résiliation du contrat, un délai de préavis de vingt-quatre mois suivant l'envoi, par l'auteur de la résiliation, d'un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception, dès lors qu'elle n'avait jamais eu l'intention de rompre le contrat, mais au contraire de le poursuivre ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois sollicité par la société JP Froment, que cette dernière n'avait pas mis en oeuvre les conditions formelles de résiliation prévues à l'article 7.2, et qu'ainsi elle ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il n'était qu'au pouvoir discrétionnaire de la partie résiliant le contrat, à savoir la société Vista automobiles, de respecter ces conditions formelles et donc de faire courir le délai de préavis contractuel, la cour d'appel, qui a subordonné l'application du préavis contractuel de vingt-quatre mois au respect d'une condition purement potestative par la société Vista automobiles, a violé l'article 1174 du code civil ;

Mais attendu que l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture ; qu'ayant constaté la faible ancienneté des relations commerciales établies entre les sociétés JP Froment et Vista automobiles, et relevé que les travaux d'aménagement du magasin de cette dernière n'avaient pas été engagés au profit de la société JP Froment, la cour d'appel, qui n'a pas adopté les motifs des premiers juges critiqués par les deuxième et troisième branches, a pu limiter à une durée de six mois le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :
Vu l'article 16 du code de procédure civile ;
Attendu que pour condamner la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment une certaine somme correspondant à la perte de marge subie par cette dernière pendant un an, l'arrêt retient que le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre aurait dû être de six mois, soit un an en vertu de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, qui dispose que lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ;
Attendu qu'en statuant ainsi, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen qu'elle relevait d'office, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
Rejette le pourvoi incident ;
Et sur le pourvoi principal,
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le jugement du tribunal de commerce de Troyes ayant condamné la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment la somme de 39 196 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, l'arrêt rendu le 13 mars 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims, autrement composée ;

Cass., com., 28 mai 2013, n°11-27256

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 septembre 2011), que M. X... a conclu le 15 décembre 2003 un contrat de franchise avec la société Alizés diffusion (le franchiseur) pour l'exploitation d'un centre de bronzage sous l'enseigne « Point soleil » ; que M. X... ayant cessé de payer les redevances prévues au contrat, le franchiseur s'est prévalu de la clause résolutoire et a résilié le contrat à compter du 20 août 2006 ; que par acte du 26 janvier 2006, M. X... a fait assigner le franchiseur en annulation du contrat sur le fondement du dol ; que le franchiseur, alléguant que M. X... avait poursuivi l'exploitation du centre de bronzage en utilisant l'enseigne et le savoir-faire du réseau, a demandé reconventionnellement la réparation de son préjudice ; que M. Y..., nommé administrateur judiciaire puis commissaire à l'exécution du plan de continuation de M. X..., est intervenu à l'instance ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... et M. Y... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en annulation du contrat alors, selon le moyen :

1°/ que le franchiseur doit, avant la signature du contrat de franchise, remettre au franchisé un document contenant notamment « une présentation de l'état général et local du marché... et les perspectives de développement de ce marché » ; que la cour d'appel, qui a retenu que le document établi par la société Alizés diffusion « ne comportait pas d'état local de marché », mais que M. X...

devait s'informer par lui-même de cet état et que, dès lors, ce manquement du franchiseur à ses obligations précontractuelles d'information n'était pas susceptible de constituer un dol, a violé les articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

2°/ que le document est communiqué vingt jours minimum avant la signature du contrat et que doivent y être annexés les comptes annuels des deux derniers exercices ; que la cour d'appel, qui a souligné que le document avait été communiqué six mois avant la signature du contrat et qu'ainsi M. X... avait eu tout le temps d'en prendre connaissance et de compléter les informations manquantes, sans rechercher si, comme le faisait valoir M. X..., les comptes annuels des deux dernières années n'y étaient pas annexés et ne lui avaient été communiqués que quelques jours seulement avant la signature du contrat, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

3°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui, soutenant que de nombreux franchisés de la société Alizés diffusion avaient déposé le bilan, faute de rentabilité, faisaient valoir que le document, contrairement aux prescriptions de l'article R. 330-2-5 -C du code de commerce, ne donnait aucune indication sur le nombre d'entreprises qui avaient cessé de faire partie du réseau et sur les motifs de cette disparition, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté, par motifs adoptés, que le document d'information précontractuelle qui contenait les comptes sociaux des deux exercices précédents, avait été remis à M. X... le 18 juin 2003 et que le contrat de franchise a été conclu le 15 décembre suivant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche demandée, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, enfin, qu'ayant retenu que le préambule du contrat de franchise précisait que le franchisé reconnaissait avoir eu communication de tous les documents et informations précontractuels exigés par la législation applicable, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le second moyen :

Attendu que M. X... et M. Y..., ès qualités, font grief à l'arrêt de condamner M. X... à payer au franchiseur une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour parasitisme économique alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui soutenait qu'après avoir, au 20 août 2006, prononcé la résiliation unilatérale du contrat de franchise, la société Alizés diffusion ne l'avait pas mis en demeure de déposer l'enseigne « Point Soleil » et de ne plus utiliser ses signes distinctifs, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

2 / que l'usurpation ne constitue un acte de parasitisme économique qu'en cas de notoriété de la marque et des signes distinctifs usurpés ; que la cour d'appel, qui n'a pas constaté que la marque « Point Soleil », son logo et ses quatre pictogrammes, utilisés par seulement quarante-huit franchisés disséminés à travers tout le territoire français, avait une quelconque notoriété, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382 du code civil et L. 713-5 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu d'une part, qu'ayant relevé qu'une mise en demeure avait été délivrée le 26 juillet 2006 à M. X..., la cour d'appel n'avait pas à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes ;

Et attendu, d'autre part, qu'il ne résulte pas de l'arrêt et des conclusions des parties que M. X... ait soutenu le moyen tiré de la notoriété de la marque et des signes distinctifs usurpés ; que le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche, n'est fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 22 oct. 2013, n°12-19500

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 10 avril 2006, la société JP Froment, concessionnaire Fiat, a conclu avec la société Vista automobiles un contrat « Atelier agréé Fiat VP » permettant à cette dernière de s'approvisionner en pièces de rechange et d'assurer la vente de véhicules neufs ; qu'invoquant une rupture brutale des relations commerciales, la société Vista automobiles a fait assigner la société JP Froment en paiement de dommages-intérêts ; que soutenant que la société Vista automobiles avait pris l'initiative de mettre fin au contrat liant les parties, la société JP Froment a conclu au rejet de ses demandes et sollicité reconventionnellement sa condamnation au paiement d'une indemnité calculée en fonction du délai de préavis contractuel ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société JP Froment fait grief à l'arrêt d'avoir limité à la somme de 39 196 euros la condamnation de la société Vista automobiles prononcée à son profit, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges ne peuvent porter atteinte à la force obligatoire des conventions ; qu'ils ne peuvent écarter le préavis stipulé au contrat en raison de la brièveté de la relation commerciale existant entre les parties ; que la société JP Froment sollicitait dans ses écritures d'appel l'application du délai de préavis contractuel de vingt-quatre mois fixé par l'article 7.2 du contrat « Atelier Agréé Fiat VP » conclu avec la société Vista automobiles le 10 avril 2006 ; qu'en énonçant, pour limiter la durée du préavis à six mois, durée doublée à un an au motif que le contrat portait sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, qu'« un préavis de vingt-quatre mois était trop long eu égard à la faible ancienneté des relations commerciales établies entre la SA JP Froment et la SARL Vista automobiles (moins de vingt mois) », la cour d'appel, qui a ouvertement méconnu la loi des parties, a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que les juges ne peuvent méconnaître la loi des parties ; que l'article 7.2 du contrat stipule que « chaque partie peut résilier le présent contrat, à tout moment, en notifiant à l'autre un préavis de vingt-quatre mois, par lettre recommandée avec avis de réception, cette résiliation prenant effet le dernier jour du vingt-quatrième mois à compter de la première présentation de la lettre de résiliation » ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu par l'article 7.2 du contrat, qu'il pouvait être reproché à la société JP Froment de ne pas avoir mis en oeuvre les conditions formelles d'application de l'article 7.2, et qu'ainsi cette dernière ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il résulte des termes clairs et précis de cette stipulation que c'est à l'auteur de la résiliation d'adresser un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception propre à faire courir le délai de vingt-quatre mois et que l'arrêt relève que la résiliation du contrat avait été décidée unilatéralement par la société Vista automobiles le 1er décembre 2007, la cour d'appel, qui ne pouvait refuser de faire application du préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu à l'article 7.2 du contrat et invoqué par la société JP Froment, a méconnu la loi des parties en violation de l'article 1134 du code civil ;

3°/ que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ; que la société JP Froment faisait valoir dans ses écritures qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir mis en oeuvre l'article 7.2 du contrat prévoyant, en cas de résiliation du contrat, un délai de préavis de vingt-quatre mois suivant l'envoi, par l'auteur de la résiliation, d'un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception, dès lors qu'elle n'avait jamais eu l'intention de rompre le contrat, mais au contraire de le poursuivre ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois sollicité par la société JP Froment, que cette dernière n'avait pas mis en oeuvre les conditions formelles de résiliation prévues à l'article 7.2, et qu'ainsi elle ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il n'était qu'au pouvoir discrétionnaire de la partie résiliant le contrat, à savoir la société Vista automobiles, de respecter ces

conditions formelles et donc de faire courir le délai de préavis contractuel, la cour d'appel, qui a subordonné l'application du préavis contractuel de vingt-quatre mois au respect d'une condition purement potestative par la société Vista automobiles, a violé l'article 1174 du code civil ;

Mais attendu que l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture ; qu'ayant constaté la faible ancienneté des relations commerciales établies entre les sociétés JP Froment et Vista automobiles, et relevé que les travaux d'aménagement du magasin de cette dernière n'avaient pas été engagés au profit de la société JP Froment, la cour d'appel, qui n'a pas adopté les motifs des premiers juges critiqués par les deuxième et troisième branches, a pu limiter à une durée de six mois le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment une certaine somme correspondant à la perte de marge subie par cette dernière pendant un an, l'arrêt retient que le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre aurait dû être de six mois, soit un an en vertu de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, qui dispose que lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen qu'elle relevait d'office, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

Rejette le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal,

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le jugement du tribunal de commerce de Troyes ayant condamné la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment la somme de 39 196 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, l'arrêt rendu le 13 mars 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims, autrement composée ;

Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12 -28160 et 12-28376

Vu la connexité, joint les pourvois n° H 12-28.160 et S 12-28.376 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société SFR a signé les 31 mai 1996, 11 janvier 2002 et 30 décembre 2005 des contrats de distribution de ses produits avec la société Electronique occitane, dont le gérant est M. X... ; qu'il a été mis fin à ce groupe de contrats, le 31 décembre 2008 ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale le 15 janvier 2009 afin de se voir reconnaître le statut de

gérant de succursale régi par le code du travail, et se voir allouer par la société SFR diverses sommes, notamment des rappels de salaire de janvier 2004 à décembre 2005 et les congés payés afférents ainsi que des indemnités de rupture ;

Sur le pourvoi de la société SFR :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de dire que M. X... relevait du statut de gérant de succursale soumis au code du travail, alors, selon le moyen :

1°/ que l'activité de gérant de succursale doit, dans les faits, être exercée personnellement par celui qui revendique le bénéfice d'un tel statut, peu important les termes du contrat signé avec celui qui fournit les marchandises ou pour le compte duquel sont recueillies les commandes ; qu'en l'espèce, pour considérer que M. X... pouvait prétendre au statut de gérant de succursale, la cour d'appel a retenu qu'il résultait des termes du contrat Espace SFR entreprise du 11 janvier 2002 qu'il aurait été conclu intuitu personae avec la société Electronique occitane en tant que gérée avec M. X... et intuitu personae avec son dirigeant ; qu'en se fondant exclusivement sur les termes du contrat litigieux, sans caractériser que M. X... exerçait de manière effective et personnelle l'activité de gérant de succursale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

2°/ que l'activité de gérant de succursale doit, dans les faits, être exercée personnellement par celui qui revendique le bénéfice d'un tel statut ; que le fait que l'entreprise dont l'intéressé est le gérant réalise un chiffre d'affaires supérieur à certain montant n'est pas de nature à apporter cette preuve ; qu'en déduisant de ce que les chiffres d'affaires réalisés par la société Electronique occitane étaient supérieurs à 541 000 euros la conclusion qu'était apportée la preuve que M. X..., son dirigeant, occupait la profession de gérant pour assurer la gestion du magasin qui assurait la distribution des services SFR, la cour d'appel qui a statué par un motif inopérant a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

3°/ que la conclusion d'un contrat de distribution ou de franchise comportant une concession d'enseigne, impose au distributeur le respect d'un certain nombre de normes inhérentes à l'existence d'un réseau de distribution qui se doit de donner une image unifiée afin de conserver son identité propre ; que sont inhérentes à l'appartenance à un réseau de distribution les stipulations contractuelles ayant pour objet l'aménagement du point de vente, les modalités de vente et d'exploitation de celui-ci, le contrôle de l'activité du cocontractant et le tarif de ses services ; que la cour d'appel, qui a déduit des obligations liées à une concession d'enseigne, que le statut de gérant de succursale devait bénéficier à M. Giroussens, a statué par des motifs inopérants et violé l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

4°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, pour

dire que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail et pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale, la cour d'appel s'est bornée à constater que selon l'attestation de l'expert-comptable, l'activité effectuée par la société Electronique occitane avec SFR s'établissait en 2004 et 2005, respectivement à 72,70 % et 80 % de son chiffre d'affaires global et que l'importance du pourcentage concrétisait une fonction essentielle de gérant consacrée à SFR ; qu'en statuant par ce motif inopérant lorsqu'il lui appartenait de constater qu'une part essentielle du chiffre d'affaires SFR de la société Electronique occitane correspondait au recueil de commandes (ou à l'enregistrement d'abonnement) pour le compte exclusif de SFR, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

5°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail et pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale, la cour d'appel a relevé que le courant d'affaires de la société Electronique occitane avec SFR représentait les abonnements avec leurs annexes dont l'importance du pourcentage concrétisait une fonction essentielle du gérant consacré à SFR et « une exclusivité de plus des 2/3 » ; qu'en se déterminant ainsi lorsque l'activité de prise de commandes ou de prise d'abonnement requière une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

6°/ que les jugements doivent être motivés ; que dans ses conclusions d'appel, la société SFR contestait l'importance du pourcentage de chiffre d'affaires prétendument réalisé par la société Electronique occitane avec SFR en faisant valoir qu'il convenait de retenir le pourcentage, bien moindre, correspondant au chiffre d'affaires total de la société Electronique occitane comparé aux seules commissions versées par SFR en rémunération de l'activité de prise d'abonnements pour son compte, à l'exclusion des lignes « RMD » correspondant à de simples remboursements sans rapport avec une quelconque rémunération de prise d'abonnements ; qu'en se bornant à affirmer qu'on ne pouvait « limiter le chiffre d'affaires aux seules commissions hors primes RM » sans s'expliquer davantage sur les raisons d'écarter ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, la société SFR faisait valoir sans être contestée sur ce point que la société Electronique Occitane faisait souscrire à certains abonnés des contrats d'assurance pour leurs téléphones mobiles, non pas pour son compte mais pour le compte de courtier d'assurances SPB ou pour le compte de l'assureur AIG de sorte qu'elle ne recueillait pas des commandes exclusivement pour son compte ;

que la cour d'appel a observé que les contrats d'assurance des téléphone mobile rentraient effectivement dans le courant d'affaires de la société Electronique occitane avec SFR ; qu'en jugeant que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail lorsque l'activité de prise de commandes requiert une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que, d'une part, la cour d'appel a constaté que le contrat mentionnait le caractère intuitu personae des relations établies et que toute opération de cession ou de nature à influencer sur le capital social devait être soumise à l'agrément de la société SFR, ce dont il résultait que même si celle-ci avait contracté avec une personne morale, c'est la personne physique de celui qui la gérant qui était prépondérante dans l'exécution de l'activité confiée, et d'autre part, que le bénéficiaire des dispositions de l'article L. 7321- 2 du code du travail n'est pas subordonné à la condition que l'activité professionnelle soit exercée par le seul intéressé ;

Attendu, ensuite, qu'ayant constaté que le contrat était relatif à la distribution, sous l'enseigne Espace SFR entreprise, des services d'abonnements SFR et produits associés, à raison de soixante par mois au moins, aux tarifs et conditions fixés par SFR pour la souscription des abonnements et cartes SIM selon les formulaires remis, relevant de la gamme des produits Entreprise au moins à hauteur de 70 %, les abonnements SFR devant représenter 80 % au moins du total des abonnements vendus dans la surface de vente, la cour d'appel a pu retenir que l'activité remplissait la condition de quasi-exclusivité visée à l'article L. 7321-2 2° a) du code du travail ;

Attendu, enfin, qu'appréciant souverainement l'ensemble des éléments de preuve produits, la cour d'appel, qui a constaté que le contrat imposait des critères de qualité et de disposition du local d'exploitation lequel ne pouvait être cédé, une utilisation de l'enseigne selon des critères donnés, et l'obligation d'avoir un commercial itinérant et un vendeur permanent dans le local commercial ouvert 5/7 jours et 12/12 mois avec faculté d'audit commercial chaque quadri-trimestre, a pu déduire de ses constatations que M. X... pouvait se prévaloir du statut de gérant de succursale ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de considérer que M. X... pouvait revendiquer l'échelon F, seuil 1, de la convention collective des télécommunications, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour faire droit aux demandes de M. X..., au titre des rappels de salaire, des congés-payés, de l'indemnité de préavis, des congés payés y afférents et de l'indemnité conventionnelle de licenciement, sur la qualité de gérant de succursale de ce dernier, la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif visé par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de

procédure civile ;

2°/ qu'en tout état de cause, aux termes de l'annexe 1, dit accord relatif au champ d'application de la convention des télécommunications, du 2 décembre 1998, sont exclus de ce champ « les sociétés ayant pour activité principale la distribution d'équipements et de terminaux de télécommunication auprès du grand public » ; qu'aux termes de l'extrait Kbis versé aux débats, la société Electronique occitane avait pour activité « Toutes activités concernant la communication en général notamment toutes activités de négoce installation location entretien dépannage de matériel et installation de téléphonie, péritéléphonie, radio-communication » ; que la cour d'appel a considéré en substance que son activité principale consistait à distribuer des abonnements téléphoniques ; qu'en appliquant à M. X..., le niveau F de la convention collective des télécommunications, quand celle-ci était inapplicable à la société Electronique occitane, la cour d'appel a violé l'article préliminaire de l'annexe 1, dit accord relatif au champ d'application de la convention des télécommunications, du 2 décembre 1998 ;

3°/ qu'en tout état de cause, aux termes de l'article 6.1.2 de la convention collective nationale des télécommunications, relèvent du niveau F, les emplois qui « contribuent à définir les enjeux et les objectifs de leur domaine ou secteur d'activité en pilotant des projets ou des missions prenant en compte différents paramètres (techniques, économiques et organisationnels) d'offre et de service », dans lesquels « l'activité contribue à définir les procédures et à garantir leurs applications », dont les « actions ou décisions ont un impact déterminant sur l'entité et peuvent toucher d'autres entités », les « relations consistent à échanger des informations pertinentes, d'argumenter et de convaincre dans plusieurs domaines d'activité et/ou de management », qui « requièrent une maîtrise technique du domaine d'application, des capacités élevées d'analyse, d'anticipation, d'adaptation, de prévision et d'organisation », étant précisé que « les connaissances à mettre en oeuvre acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou une expérience reconnue sont au moins égales au niveau I ou II de l'éducation nationale » ; qu'en accordant à M. X..., le bénéfice d'une rémunération correspondant au groupe F de la dite convention sans constater les fonctions effectuées en fait par lui relevaient du groupe F au regard des critères énoncés par le texte conventionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6.1.2 de la convention collective nationale des télécommunications ;

Mais attendu, d'abord, que le deuxième moyen, sans portée dans sa première branche en raison du rejet du premier moyen, est irrecevable dans sa troisième branche, car nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Attendu ensuite, que selon l'article L. 2261-2 du code du travail, la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur, que le moyen qui tend en sa deuxième branche à voir exclure l'application au gérant succursaliste de la convention collective des télécommunications, au motif que la société partenaire dont il est le gérant relève d'une autre convention, est inopérant ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société SFR fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... diverses sommes à titre d'indemnités de rupture, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour faire droit aux demandes de M. X..., au titre de l'indemnité de préavis, des congés-payés afférents, de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sur la qualité de gérant de succursale de ce dernier, la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif visé par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en cas de requalification, les conditions du contrat non liées à sa nature demeurent inchangées de sorte que le contrat de distribution conclu à durée déterminée et ultérieurement requalifié en contrat de gérant succursaliste salarié est réputé être à durée déterminée ; qu'en requalifiant les contrats de distribution, conclus à durée déterminée, en un contrat de travail à durée indéterminée, motif pris de l'absence de contrat écrit, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

3°/ que la cour d'appel a constaté que les contrats liant la société SFR à la société Electronique occitane étaient conclus *intuitu personae* avec la personne morale « en tant que gérée par M. X..., » et *intuitu personae* avec ce dernier, et que M. X..., assurait la gestion du magasin qui assurait la distribution des services SFR ; qu'en jugeant néanmoins que le préavis donné par la société SFR à la société Electronique occitane ne pouvait valoir préavis à l'égard de M. X..., personnellement lorsqu'il résultait de ses constatations que ce préavis concernait aussi bien la cessation de l'activité de la société Electronique occitane que l'activité indissociable de gestion de cette société par M. X..., son gérant, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'une part, que les clauses du contrat liant la société SFR à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, et d'autre part, que la relation de travail entre la société SFR et le gérant s'étant déroulée sans contrat écrit, elle est, en vertu de l'article L. 1242-12 du code du travail présumée être à durée indéterminée ; que le moyen sans portée dans sa première branche en raison du rejet du premier moyen, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi du gérant :

Vu les articles 1289 du code civil et L. 7321-1 à L. 7321-4 du code du travail ;

Attendu que pour dire que doivent être déduites des sommes dues par la société SFR à M. X..., celles dont il a bénéficié à titre de rémunération par la société Electronique occitane, l'arrêt énonce que le salarié ne peut bénéficier de deux salaires pour la même activité ;

Attendu cependant que la compensation implique l'existence d'obligations réciproques entre les parties ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que les rapports entre le gérant de

succursale et la société SFR étant indépendants de ceux qu'il entretenait avec la société Electronique occitane, il ne pouvait y avoir compensation entre les sommes qui lui étaient dues par la première et celles dont pouvaient lui être redevable la seconde, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, par voie de retranchement en ce qu'il dit que doivent être déduites des sommes dues par la société SFR à M. X..., celles dont il a bénéficié à titre de rémunération par la société Electricité occitane, l'arrêt rendu le 25 septembre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12 -27089

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 7 septembre 2012), que le 22 janvier 2001, la société Mondial pare-brise a conclu avec M. X... un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un centre de réparation et de remplacement de vitrages automobiles ; qu'elle a rompu le contrat à effet au 21 janvier 2011 ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale afin de voir requalifier la relation contractuelle en contrat de travail et d'obtenir diverses sommes à titre de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Mondial pare-brise fait grief à l'arrêt statuant sur contredit de déclarer la juridiction prud'homale compétente, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges du fond doivent analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve sur lesquels ils fondent leur décision ; qu'en visant seulement les « pièces et les éléments produits par M. X... », sans en préciser la nature ni les analyser, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'est gérant de succursale la personne dont l'activité consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise ; que la cour d'appel, qui n'a pas précisé en quoi M. X..., artisan inscrit au registre des métiers, exerçait son activité de pose de vitrage automobiles « pour le compte » de la société Mondial pare-brise, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, par une décision motivée, a retenu que M. X..., qui exploitait un centre de réparation et de vente de pare-brise, devait s'approvisionner exclusivement auprès de la société Mondial pare-brise et ne pouvait recevoir aucune commande extérieure à cette société, que cette activité s'exerçait dans un local agréé par son fournisseur et dans des conditions définies par lui, que les prix étaient fixés unilatéralement par la société Mondial pare-brise ; qu'ayant ainsi déduit de ses constatations que les conditions de l'article L. 7321-2 du code du travail étaient remplies, elle a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 4 nov. 2014, n°12-25419

LA COUR (...) Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société X... Distri (la société X...) que sur le pourvoi provoqué relevé par la société Distribution Casino France (la société Casino) ;

Sur la recevabilité du pourvoi provoqué, contestée par la défense :

Attendu que la société Casino a formé en application de l'article 611 du code de procédure civile un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 juin 2012 qui ordonne la substitution de la société Carrefour proximité France (la société Carrefour) dans ses droits dans la cession du fonds de commerce de la société X..., sans l'avoir appelée en la cause ;

Mais attendu que l'arrêt n'a prononcé aucune condamnation à l'encontre de la société Casino ; qu'il s'ensuit que le pourvoi de cette société, contre un arrêt dont les dispositions n'ont pas la force de la chose jugée à son égard et contre lequel elle pouvait faire tierce opposition, n'est pas recevable ;

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de la société Casino, contestée par la défense :

Attendu qu'il résulte des articles 327 et 330 du code de procédure civile que les interventions volontaires sont admises devant la Cour de cassation si elles sont formées à titre accessoire, à l'appui des prétentions d'une partie, et si leur auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie ; que la société Casino justifie d'un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions de la société X... qui a formé un pourvoi contre l'arrêt qui dit que la cession de son fonds de commerce à la société Casino est inopposable à la société Carrefour et qui ordonne la substitution de cette société dans ses droits dans la cession de ce fonds ; que l'intervention volontaire est donc recevable ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi principal :

Vu les articles L. 420-1 et L. 420-3 du code de commerce ;

Attendu qu'est prohibée, et partant nulle, toute clause contractuelle ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elle tend à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par contrat du 18 mai 1998, renouvelé le 22 octobre 2004, la société X... a conclu avec la société Comptoirs modernes union commerciale, aux droits de laquelle sont venues la société Prodim, puis la société Carrefour, un contrat de franchise pour l'exploitation d'un magasin d'alimentation ; qu'il était stipulé un droit de première offre et de préférence au profit du franchiseur, à égalité de prix et de conditions, en cas, notamment, de cession ou transfert des droits de propriété ou de jouissance sur le local, ou de cession ou transfert des droits de propriété ou de jouissance ou mise en location-gérance sur le fonds de commerce ; qu'après avoir notifié à la société

Carrefour la résiliation du contrat de franchise pour le 18 mai 2010, la société X... l'a informée, le 14 mai 2010, du prix et des conditions de la cession de son fonds de commerce qu'elle avait consentie à la société Casino, sous la condition suspensive, notamment, de la conclusion d'un contrat de gérance-mandataire au profit de M. X... ; que la société Carrefour a fait assigner la société X... afin qu'il lui soit interdit de vendre son fonds de commerce à la société Casino et ordonné de régulariser la vente à son profit et, dans l'hypothèse où la vente serait néanmoins intervenue au profit de la société Casino, que soit ordonnée sa substitution de plein droit à cette société ; que le 3 septembre 2010, la société X... a régularisé la cession du fonds de commerce à la société Casino ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société X... tendant à voir prononcer la nullité, en raison de son effet anticoncurrentiel, du pacte de préférence assortissant le contrat de franchise et ordonner la substitution de la société Casino dans les droits de la société Carrefour dans la cession du fonds de commerce, l'arrêt se borne à retenir que si, conformément à l'avis n° 10- A-26 du 7 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence, l'expression d'une préférence dans le droit des contrats commerciaux doit être strictement limitée au regard des dispositions relatives à la libre concurrence et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le pacte de préférence ne peut être considéré comme une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où seule la liberté de choisir son cocontractant est affectée par le pacte et où il n'oblige pas les parties à conclure le contrat pour lequel la préférence est donnée, le cédant n'étant pas obligé de céder son bien et le bénéficiaire n'étant pas obligé de l'acquérir ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la stipulation, dans les contrats de franchise consentis par la société Carrefour, d'un droit de préférence à son profit, valable pendant toute la durée du contrat et un an après son échéance, n'avait pas pour effet, en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents, de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché du détail de la distribution à dominante alimentaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi principal :

Déclare IRRECEVABLE le pourvoi incident ;

Reçoit la société Distribution Casino France en son intervention volontaire ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce que, infirmant le jugement, il dit que la cession du fonds de commerce intervenue entre la société X... Distri et la société Distribution Casino France est inopposable à la société Carrefour proximité France, ordonne la substitution de la société Carrefour proximité France dans les droits de la société Distribution Casino France dans la cession du fonds de commerce et dit que l'arrêt vaut acte de cession au profit de la

société Carrefour proximité France, et dit que la régularisation de l'acte de cession devra intervenir dans le mois de sa signification, l'arrêt rendu le 13 juin 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la société Carrefour proximité France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société X... Distri la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Autorité de la Concurrence

Décision n° 09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires (EXTRAITS)

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 2 mai 2007, sous le numéro 07/0044 F, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et notamment son article 5 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société Punto Fa SL et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, la commissaire du Gouvernement, les représentants de la société Punto Fa SL et Mango France entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 20 mai 2009 ;

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS

(...)

D- LE GRIEF NOTIFIÉ

Sur la base de ces éléments, le grief suivant a été notifié à Punto Fa : « Il est fait grief à Punto Fa SL d'avoir passé avec les distributeurs indépendants adhérents à son réseau Mango des accords contrevenant à l'interdiction posée par l'article L. 420-1 du code de

commerce et l'article 81, paragraphe 1, CE, en ce que lesdits accords conviennent des prix de vente au consommateur des produits concernés ».

Punto Fa a contesté le grief qui lui a été notifié et fait observer que « *le système mis en place par Punto Fa et ses distributeurs indépendants en France n'exige pas de ces derniers le respect des prix de vente au public indiqués par Punto Fa* ».

Par ailleurs, Punto Fa insiste, y compris dans ses observations orales en séance, sur l'indépendance qui caractériserait ses relations avec ses distributeurs partenaires et affirme que le « *contrat de dépôt commercial gratuit et de gestion de vente* » n'est pas un contrat d'agence.

II. DISCUSSION

(...)

B. SUR LE BIEN-FONDÉ DU GRIEF

a) La pratique décisionnelle et la jurisprudence nationales et communautaires

1. La notion d'accord de volontés entre entreprises

(...)

2. La notion d'agent commercial

Ainsi qu'il vient d'être mentionné, les contrats d'agence dans lesquels une personne physique ou morale (l'agent) est investie du pouvoir de négocier ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant en vue de la vente de biens ou services fournis par le commettant, ne relèvent généralement pas des articles L. 420-1 du code de commerce ou 81 § 1 du traité CE parce qu'ils ne sont pas conclus entre des entreprises indépendantes. Les risques supportés par l'agent dans le cadre de son activité commerciale ne doivent cependant pas être tels qu'ils remettent en cause la présomption d'absence d'autonomie de l'agent par rapport au commettant.

Les lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) publiées par la Commission européenne le 13 octobre 2000 (ci-après les lignes directrices), que l'Autorité de la concurrence considère, à la suite du Conseil de la concurrence (ainsi que ce dernier l'a rappelé récemment dans sa décision n° 07-D-04 relative à des pratiques mises en œuvre dans le réseau de franchise Jeff de Bruges), comme un « *guide d'analyse utile* » pour l'application de l'article L. 420-1 du code de commerce, donnent, aux points 12 à 22, des éléments précis d'appréciation des risques supportés par l'agent dans ce type de contrat.

Un distributeur est considéré comme un « agent » lorsqu'il ne supporte que les risques « *qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite professionnelle ou les investissements généraux dans un local ou du personnel* (point 15 des lignes directrices) ». La Commission européenne précise qu'un certain nombre d'obligations (limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre les biens ou services ; limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre les biens ou services, prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter les biens ou services) sont considérées comme inhérentes au contrat d'agence. Ces

obligations sont liées « à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale (point 18 des lignes directrices) ». Ainsi, le commettant est celui qui fixe la stratégie commerciale de l'entité économique unique, constituée de lui-même et de l'agent.

En revanche, le distributeur perd sa qualité d'agent lorsque, compte tenu des stipulations contractuelles, il doit assumer des risques qui vont au-delà de ceux qui sont attachés à la fonction de vente. Ces risques sont directement liés aux contrats, comme le financement des stocks ou sont liés aux investissements spécifiques du marché. « Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant. Ces investissements sont généralement irrécouvrables (point 14 des lignes directrices) ». Dans ces conditions, le distributeur perd sa qualité d'agent et peut être considéré comme un acteur économique indépendant de son co-contractant. Il sera, indique la Commission, « regardé comme un distributeur indépendant qui doit rester libre de déterminer sa stratégie commerciale de manière à pouvoir recouvrer les investissements qu'il a réalisés et qui sont liés au contrat ou qui sont spécifiques au marché (point 15 des lignes directrices) ».

Dans ses lignes directrices, la Commission souligne au point 16 que l'appréciation de ces risques doit être effectuée au cas par cas, en tenant compte de la « réalité économique ». Elle y « considère que d'une manière générale, l'article 81, paragraphe 1, n'est pas applicable aux obligations imposées à l'agent quant aux contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant lorsque l'agent n'est pas propriétaire des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels ». Les lignes directrices donnent à titre d'exemples une liste non exhaustive de risques ou coûts que l'agent n'assume pas : notamment, absence de contribution aux coûts liés à la fourniture des biens (coûts de transport), absence d'obligation de financement de la promotion des biens, non-financement des stocks (retour sans frais des invendus).

Il ressort de ces précisions que, si l'absence de propriété des biens contractuels est un élément important de l'appréciation de la qualité d'agent, il reste qu'un examen circonstancié des risques que supporte effectivement l'agent est nécessaire. En effet, les lignes directrices affirment au point 17 que « si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou coûts précités (ceux du point 16 mentionné plus haut), l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer au contrat d'agence comme à tout autre accord vertical ». En effet, les lignes directrices invitent à distinguer, parmi les accords verticaux dans lesquels le fournisseur conserve la propriété de la marchandise jusqu'à la vente au consommateur, ceux des accords qui imposent au distributeur des risques négligeables et ceux qui lui font supporter des risques autres que négligeables. Ces risques n'ont pas à être qualifiés d'excessifs ou d'exceptionnels pour que l'article 81 § 1 CE soit applicable.

L'appréciation du caractère négligeable du risque encouru par l'agent implique de procéder à un examen minutieux de chacune des charges spécifiques liées à l'activité commerciale de l'agent.

La Commission européenne a condamné, le 10 octobre 2001, Mercedes-Benz pour avoir enfreint l'article 81, paragraphe 1, CE notamment en cloisonnant le marché de la distribution de voitures de tourisme de marque Mercedes-Benz en Allemagne avec l'appui de son réseau de distribution qui comprenait des succursales, des agents commerciaux et des commissionnaires (décision 2002/758/CE). Pour la Commission, les agents allemands devaient être considérés comme des distributeurs indépendants dans la mesure où ils devaient, selon elle, assumer une série de risques inhérents à l'exploitation d'une entreprise.

Le TPICE a procédé à l'analyse de chacun des risques retenus par la Commission dans sa décision et conclu pour chacun d'entre eux que la Commission avait exagéré l'importance du risque : « *La Commission se borne, en réalité, à énumérer des obligations imposées en application du contrat d'agence et liées à la vente des véhicules sans démontrer en quoi ces obligations constituent des risques substantiels mis à la charge de l'agent.* » « *Il s'ensuit que la qualification du statut de l'agent allemand... n'est pas infirmée par le fait que les agents allemands Mercedes-Benz sont tenus d'assumer un certain nombre d'activités et d'obligations financières en application du contrat d'agence.* » Le TPICE considère donc que des charges financières liées à l'application du contrat d'agence ne constituent pas nécessairement des risques financiers substantiels de nature à conduire à une requalification du contrat d'agence en contrat de distribution traditionnel.

En outre, se prononçant sur les distributeurs indépendants en Belgique et en Espagne, qui bénéficient d'un contrat différent de celui des agents allemands, le TPICE relève : « *Le distributeur indépendant est en mesure de déterminer ou, à tout le moins, d'influencer les conditions auxquelles les ventes sont réalisées, dès lors que c'est lui qui est le vendeur, qui supporte le risque principal du prix du véhicule et qui garde les véhicules en stock. C'est cette marge de négociation du distributeur qui intervient entre le producteur et le client qui expose le distributeur à un risque d'application de l'article 81 CE en ce qui concerne sa relation avec le producteur.* » Ainsi, le TPICE souligne, parmi les critères d'appréciation de l'autonomie du distributeur indépendant, l'importance de la maîtrise du stock et de la détermination du prix de vente au consommateur final.

De même, le Conseil de la concurrence, dans la décision n° 06-D-18 du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, a fait application de la pratique décisionnelle communautaire aux termes de laquelle l'appréciation de l'applicabilité du droit des ententes à des contrats d'agence se fait au regard des risques supportés par l'agent et de son autonomie dans la détermination de sa stratégie commerciale.

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a examiné les contrats de concession publicitaire passés entre les régies nationales de publicité et les exploitants de salles de cinéma et qui ont pour objet la concession de

l'exploitation publicitaire des écrans moyennant redevance. Le Conseil a estimé que les régies supportent dans leur relation avec les exploitants de salles des risques commerciaux et financiers non négligeables. Au nombre des risques commerciaux et financiers assumés par les régies, le Conseil de la concurrence a retenu notamment : la maîtrise et la responsabilité du service fourni aux annonceurs, la détermination du contenu des produits et de leur tarif, l'élaboration de la stratégie publicitaire, les frais liés au démarchage des annonceurs, les frais liés à la promotion et à la publicité, les frais liés au montage des bandes, à l'envoi et aux retours des bandes, le versement d'une redevance forfaitaire annuelle indépendante des recettes.

Le Conseil de la concurrence a conclu son analyse des risques supportés par les régies en ces termes : « *Il résulte de ce qui précède que les régies supportent, dans leur relation avec les exploitants en vue du démarchage des annonceurs, des risques commerciaux et financiers non négligeables et qu'elles déterminent leur stratégie commerciale de manière indépendante des exploitants. Elles ont donc une activité indépendante des exploitants de salles avec lesquels elles ne forment pas une unité économique. Le droit des ententes est donc applicable à leurs relations contractuelles* ».

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a donc établi que les régies ont une activité économique autonome de celle des exploitants de salles et que cette activité génère un certain nombre de coûts spécifiques. Le risque financier n'est donc pas dissociable du risque commercial.

Pour conclure, le test applicable repose sur un faisceau d'indices à deux branches, conformément à l'arrêt du TPICE du 15 septembre 2005, précité : « *les agents ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant* ». Par extension, ces critères permettent d'établir qu'un fournisseur et un distributeur forment une seule unité économique et que leurs relations ne tombent pas sous le coup des dispositions poursuivant les ententes ou accords anticoncurrentiels.

Ainsi, afin de déterminer si les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du traité CE sont applicables aux relations entre Punto Fa et ses distributeurs partenaires, il convient de déterminer si le distributeur partenaire est en mesure (1) de décider de sa stratégie commerciale indépendamment de son fournisseur et (2) d'établir si les risques assumés par le distributeur constituent des «risques économiques sensibles» liés aux ventes de produits Mango ou aux « investissements spécifiques au marché».

C L'APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

a) La nature du contrat de dépôt commercial gratuit et de gestion de vente

(...)

b) La capacité entrepreneuriale

(...)

◆ La politique promotionnelle

Ainsi qu'il est montré aux points 28 à 31 de la présente décision, les distributeurs partenaires dépendent largement de la politique promotionnelle et publicitaire de Punto Fa. L'essentiel de cette politique est financé par le fournisseur.

Or, les actions promotionnelles et publicitaires sont un instrument déterminant de la commercialisation d'un produit. Le distributeur partenaire n'est donc pas mis en mesure de développer une stratégie propre de communication commerciale.

◆ La politique tarifaire

Dans les développements qui suivent, l'Autorité de la concurrence, sans qu'il soit besoin de qualifier une pratique de prix concertée ou de prix imposé, évalué la capacité du distributeur partenaire à déterminer de manière autonome son prix de vente au consommateur final.

Comme indiqué précédemment au point 32 de la présente décision, tous les contrats conclus par Punto Fa avec ses distributeurs partenaires comportent une *clause septième* intitulée « *prix de vente des marchandises et marges commerciales* » qui précise que Punto Fa et ses distributeurs partenaires « *s'accordent et conviennent expressément que le distributeur pourra gérer la vente des produits aux prix et aux conditions qu'elles estiment convenables et établis conjointement entre le distributeur et Punto Fa, afin de maintenir la commercialisation uniforme des produits dans tout le réseau des établissements du territoire national concerné en respectant les marges accordées* ».

Il ressort de cette clause que le prix de vente au consommateur final est « convenu » entre le fournisseur et le distributeur. En effet, dans la mesure où il n'y a pas de vente, au stade intermédiaire, entre Punto Fa et ses distributeurs partenaires puisque le premier conserve la propriété de la marchandise jusqu'à la vente au consommateur final, le seul prix dont il est question dans cette « *clause septième* » est bien le prix de vente au consommateur final.

Cette disposition établit également que les parties s'accordent pour respecter les marges accordées, c'est-à-dire la marge du fournisseur et celle du distributeur partenaire, calculées en pourcentage à partir du prix « convenu » ([50-60] % pour le premier, [40-50] % pour le second, hors promotions et soldes). En réalité, les cocontractants s'accordent essentiellement sur le fait que Punto Fa recevra [50-60] % du prix « convenu ». M. D. L. l'a d'ailleurs clairement expliqué : « *par exemple, si le prix prévu pour un article est de trente euros hors taxe, contractuellement seize euros doivent nous revenir et quatorze euros au distributeur. Rien n'interdit à ce dernier de diminuer sa marge du moment que nous recevons les seize euros prévus contractuellement* » (audition de M. D. L. du 28 novembre 2006 – cotes 1275 à 1279). En définitive, ce prix « convenu » est fixé de manière unilatérale par Punto Fa puisqu'il conditionne le calcul de sa marge et sa propre rémunération. C'est pourquoi, Punto Fa considère qu'il s'agit plutôt d'un prix recommandé.

Cependant, aux termes de cette stipulation contractuelle, le distributeur partenaire s'engage à respecter son propre niveau de marge fixé contractuellement à [50-60] % du prix recommandé et au maintien d'une commercialisation uniforme des produits Mango au sein du réseau. Cette

obligation d'uniformité, enchâssée dans une clause relative aux prix de vente au consommateur, conduit à conclure que le contrat oblige les cocontractants, et notamment le distributeur partenaire, à une pratique de prix uniforme dans le réseau Mango, ce qui d'ailleurs peut se justifier dans la mesure où Punto Fa demeure le propriétaire de la marchandise jusqu'à la vente au consommateur final. Cette uniformité est d'ailleurs matérialisée par le pré-étiquetage des produits, réalisé en Espagne par le fournisseur et par la diffusion de catalogues où figurent les prix « convenus ».

Le contrat de «*dépôt commercial gratuit et de gestion de ventes*» oblige donc le distributeur partenaire au respect de ce que M. D. L. appelle lui-même «*la politique de prix*» définie par Punto Fa. Les distributeurs partenaires interrogés pendant l'enquête puis l'instruction ont déclaré se conformer à cette politique tarifaire.

Aux propos de MM. [H. L.] et [P. Z.] cités au paragraphe 34 de la présente décision, il convient d'ajouter ceux de M. [E. G.], distributeur partenaire à [D.], «*Nous n'avons aucune latitude pour modifier les prix. Nous n'accordons aucune remise aux clients*» (déclaration de M. [E. G.] du 7 novembre 2006 – cote 481) ou encore ceux de Mme [M. B.], ancienne distributeur partenaire, : «*si j'avais voulu accorder une ristourne, ce que je n'ai jamais fait, j'aurais néanmoins dû imputer cette ristourne sur ma marge*» (déclaration de Mme [M. B.] du 24 avril 2008 – cote 1439), ceux de M. [J. S.], ancien distributeur partenaire «*si nous décidions d'accorder une remise à un client (comme nous le faisons à notre personnel), la remise s'imputait sur notre marge*» (déclaration de M. [J. S.] du 5 mai 2008 – cote 2149) ou enfin ceux de M. [A. L.], distributeur partenaire à [O.], : «*En conclusion, les prix, soldes et promotions sont imposés... Si je veux accorder une remise commerciale, elle s'impute sur ma marge*» (déclaration de M. [A. L.] du 6 mai 2008 – cote 2309). Les distributeurs partenaires confirment donc respecter largement la politique tarifaire de Punto Fa et se déclarent peu enclins à réduire la marge brute de [40-50] % fixée au contrat.

Le distributeur partenaire, comme le souligne M. D. L. dans sa déclaration précitée du 28 novembre 2006, peut en principe réduire unilatéralement cette marge brute de [40-50] % pour peu que la rémunération de Punto Fa en valeur absolue demeure assurée. A cet égard, Punto Fa a produit à l'appui de ses écritures un tableau qui montrerait, selon lui, que quatre distributeurs partenaires du réseau Mango pratiqueraient des réductions de prix. Ce tableau présente pour chaque établissement un différentiel entre le chiffre d'affaires qui devrait résulter de l'application des prix recommandés et le chiffre d'affaires réalisé par le point de vente. Ces écarts vont de [0-3]%, ce dernier étant exceptionnel. Punto Fa considère que ces écarts démontrent l'existence d'une pratique de réduction de prix. Il convient de constater que le panel présenté est limité à quatre magasins et que les niveaux de réduction de prix demeurent modestes. En outre, aucune information factuelle n'est apportée pour expliquer ces réductions de prix : promotions décidées par le fournisseur, remises de

caisse à la clientèle, ristournes au personnel, etc.. L'argument de Punto Fa est donc loin d'être convaincant.

Sans qu'il soit besoin d'établir, à ce stade de l'analyse, si les prix de vente au consommateur final sont des prix recommandés ou imposés, force est de constater que le distributeur partenaire, quand bien même aurait-il une certaine latitude pour réduire le *prix convenu*, comme l'allègue Punto Fa, n'est pas en mesure de s'écarter sensiblement de ce prix contractuel qui est la traduction d'une « *politique de prix* » décidée par Punto Fa. En tout état de cause, l'existence de remises ponctuelles effectuées à la caisse pour quelques clients ou pour des salariés du magasin ne permet pas de conclure que le distributeur partenaire est libre de mettre en œuvre une stratégie de prix autonome.

◆ Conclusion préliminaire

Pris dans leur ensemble de façon solidaire, les éléments analysés ci-dessus (points 69 à 87) permettent de conclure que le distributeur partenaire du réseau Mango en France n'est pas en mesure de déterminer de façon autonome sa stratégie commerciale par rapport à celle de son fournisseur. En effet, le distributeur partenaire n'est pas maître de l'aménagement de son point de vente, n'est pas propriétaire de la marchandise qu'il est chargé de commercialiser, ne maîtrise ni son stock ni son réassort, ne dispose pas des moyens de promouvoir les produits qu'il vend. En outre, sa marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome le prix de vente au consommateur final paraît pour le moins étroite. Enfin, il faut insister sur le fait que le distributeur partenaire n'assume pas le risque commercial principal de ce secteur d'activité très influencé par la mode, à savoir les invendus qui sont intégralement pris en charge par le fournisseur.

c) Les risques supportés par le distributeur partenaire

D'une façon générale, si le fournisseur et le distributeur constituent au sens du droit de la concurrence une entité économique unique, les risques commerciaux et financiers supportés par le distributeur sont nécessairement limités, ce dernier n'étant qu'un simple intermédiaire entre le fournisseur et le client final. Il convient donc au cas d'espèce d'apprécier si les risques financiers et commerciaux que supporte le distributeur partenaire dans son activité de vente de produits Mango représentent des « *risques économiques sensibles* », pour reprendre l'expression du TPICE dans son arrêt du 15 septembre 2005, précité. Conformément aux lignes directrices, les risques liés à la réussite professionnelle du distributeur partenaire ou les investissements généraux que ce dernier doit effectuer dans un local ou du personnel de vente ne sont pas pertinents pour apprécier les risques financiers et commerciaux. A cet égard, le TPICE a relevé dans son arrêt précité : « *Il y a lieu de considérer qu'il ne ressort pas de la décision litigieuse que cette activité associée à la vente de voitures Mercedes Benz comporte en fait des risques exceptionnels même s'il est vrai que, si elle n'est pas gérée correctement et effectivement, elle peut être déficitaire et réduire, voire éliminer, les bénéfices de l'agent associés à la vente de voitures* ».

En revanche, il convient de prendre en compte les risques qui sont « *directement liés aux contrats* » et ceux qui sont « *liés aux investissements spécifiques au marché* », comme décrit plus haut.

Les distributeurs partenaires supportent un certain nombre de « *risques liés aux contrats* », c'est-à-dire ceux qui sont directement liés à la vente des produits contractuels.

Il s'agit tout d'abord du droit d'entrée qui a été estimé dans le cadre de l'instruction à [0-5] % environ du chiffre d'affaires moyen d'un établissement.

Le distributeur partenaire doit également obtenir une garantie bancaire qui correspond à la valeur du stock et qui est destinée « *à assurer la parfaite exécution par (le distributeur partenaire) de ses obligations financières pendant toute la durée du contrat* ». Cette garantie bancaire est la contrepartie du maintien de la propriété de Punto Fa sur la marchandise mise en dépôt dans le magasin du distributeur partenaire. En tout état de cause, le coût d'une garantie bancaire est globalement inférieur au coût qu'induirait pour le distributeur partenaire l'achat préalable de la marchandise avec un concours bancaire (prêt) et la propriété de la marchandise (coût des invendus). Il s'ensuit que le risque financier assumé par le distributeur partenaire au travers d'une garantie bancaire peut être considéré comme le moindre des risques. A titre d'exemple, il convient de relever l'information fournie par Mme [M. B.] qui indique dans sa déclaration du 24 avril 2008 que la garantie bancaire d'un montant de 300 000 euros lui « *coûtait 3000 euros par an* » (déclaration de Mme [M. B.] du 24 avril 2008- cote 1439). Le coût effectif de la garantie bancaire est donc minime.

En outre, le distributeur partenaire est tenu de financer le transport initial de la marchandise depuis l'Espagne. Selon les données fournies par l'enquête, cela représente environ [0-5] % du chiffre d'affaires d'un point de vente.

Il doit également assurer la marchandise contre le vol et les dégradations éventuelles, risques couverts par son assurance. Cette charge peut être considérée comme inhérente à l'activité d'un agent.

Les distributeurs partenaires supportent également certains « *risques liés aux investissements spécifiques au marché* ». Il s'agit des investissements que requiert le type d'activité pour lequel le distributeur partenaire a contracté avec son fournisseur, à savoir la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin de marque Mango.

Pour l'essentiel, sont concernés les investissements réalisés pour l'équipement et l'agencement du magasin aux fins du respect de l'unité de présentation et d'image de l'enseigne Mango. L'instruction a révélé que le coût moyen de l'aménagement d'un magasin pouvait représenter [5-10] % du chiffre d'affaires d'un point de vente mais qu'une partie de ces dépenses d'aménagement pourrait être valorisée lors de la revente du local. Par conséquent, ces investissements constituent pour une large part des coûts récupérables en cas de cessation d'activité.

Il s'ensuit que les risques commerciaux et financiers assumés par le distributeur partenaire de Punto Fa ne constituent pas des risques économiques sensibles.

d) Conclusion

Aux fins de l'application du droit de la concurrence, il est établi que les distributeurs partenaires de Punto Fa n'ont pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, Punto Fa et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent à la prohibition posée par les articles L. 420-1 du code du commerce et 81 du traité CE. Le grief notifié au premier n'est donc pas fondé.

DÉCISION

Article unique : Il n'est pas établi que les pratiques de la société Punto Fa S.L. entrent dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité CE.

Avis n°10-A-26, 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (EXTRAITS)

(...)

II. Le secteur français de la grande distribution alimentaire

(...)

E. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE DANS LE SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

(...)

3. L'ÉTANCHÉITÉ DES DIFFÉRENTS RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

(...)

b) La faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes

(...)

Les différentes explications de la mobilité limitée des magasins indépendants

La relative inertie des magasins indépendants semble a priori pouvoir s'expliquer de différentes manières.

Cette situation pourrait, en premier lieu, s'expliquer par l'absence de volonté et/ou de capacité des groupes intégrés à développer la franchise ou tout autre mode d'affiliation. En effet, les grands groupes de distribution intégrés ont assez peu développé la franchise sur les formats des hypermarchés et du maxi-discount. Dès lors, leur capacité à accueillir des magasins sur ces formats serait limitée. Toutefois, cette explication présente trois limites. D'une part, les

groupes intégrés ont la possibilité de racheter les magasins franchisés afin de les exploiter en propre, notamment lors des départs à la retraite des dirigeants de magasins affiliés. D'autre part, plusieurs opérateurs intégrés ont indiqué que les obstacles à la création de nouveaux magasins les incitaient fortement à développer leurs réseaux de franchise, sur des formats ou dans des zones géographiques où ils étaient jusqu'alors peu présents. Enfin, la faible mobilité des magasins a également été constatée au sein des groupements coopératifs ou sur les formats où l'exploitation des magasins en franchise est importante, comme les commerces de proximité par exemple. Par conséquent, l'absence de mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents ne résulte pas d'une réticence des groupes de distribution à accueillir des magasins indépendants, mais bien de l'absence de volonté ou des difficultés que rencontrent les magasins indépendants à changer de réseau.

En deuxième lieu, l'absence de mobilité des magasins indépendants pourrait également s'expliquer par l'attachement que portent les magasins affiliés à leur enseigne. Cet attachement résulterait notamment de la satisfaction économique que les magasins indépendants retirent de leur affiliation à la tête de réseau, ces derniers n'ayant dès lors aucune envie d'en changer. Il découlerait également des valeurs communes et des liens humains développés au sein des réseaux et notamment au sein des groupements coopératifs (les journées de travail collectif régional ou national, le système de parrainage mis en place par le groupement Leclerc etc.).

En troisième lieu, tout changement d'enseigne constitue un risque commercial certain, de nature à dissuader, dans certains cas, les magasins affiliés de changer de réseau. En effet, le niveau de notoriété auprès des consommateurs diffère sensiblement selon les enseignes. Le gérant d'un magasin n'est donc jamais tout à fait certain que sa clientèle soit disposée à rester fidèle à son magasin plutôt qu'à son enseigne. En outre, tout changement d'enseigne implique une modification du mode de gestion (modalités d'approvisionnement, système informatique, etc.), et de l'agencement du magasin, ainsi que de l'assortiment et des prix, tant à l'achat qu'à la revente, des marchandises.

Enfin, l'absence de mobilité des magasins indépendants semble principalement devoir trouver son explication dans les relations tant contractuelles que capitalistiques qu'entretiennent les groupes de distribution alimentaires avec leurs magasins affiliés. Tout d'abord, l'instruction a relevé une certaine opacité de ces relations, due notamment à la multiplication des documents contractuels formalisant la relation et au manque d'information de l'affilié sur la portée des engagements auxquels il a souscrit. Ce manque de transparence empêche le candidat à l'affiliation ou l'affilié arrivé à échéance de son contrat de mettre en concurrence les différentes enseignes et freine ainsi la mobilité des magasins affiliés entre les différents réseaux. De plus, certains dispositifs contractuels et capitalistiques mis en œuvre par les groupes de distribution dans leurs relations avec leurs affiliés, comme des durées d'engagement relativement longues, des droits d'entrée au paiement différé, des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles et des droits de priorité, ont pour objet ou effet

de dissuader l'affilié de sortir du réseau. Ces différents dispositifs sont analysés ci-après (cf. infra paragraphe 113 et suivants).

(...)

IV. Analyse concurrentielle des pratiques constatées concernant les modalités de gestion du foncier commercial et recommandations

(...)

B. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : LA SUPPRESSION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET DES DROITS DE PRIORITÉ PRÉSENTS DANS LES CONTRATS DE VENTE ET D'ACQUISITION DE FONCIER COMMERCIAL

Dans le secteur de la grande distribution alimentaire, la concentration excessive de certaines zones de chalandise résulte en partie de l'existence de barrières à l'entrée élevées.

Ces obstacles à l'arrivée de nouvelles enseignes sont issus, pour une part significative, des procédures administratives préalables à l'implantation d'un nouveau magasin. Sur ces différents aspects, l'Autorité de la concurrence renvoie notamment à son avis n°07-A-12 sur les législations Royer et Raffarin, où étaient constatés à la fois l'échec de ces réglementations à protéger le commerce de proximité et leur rôle dans le degré de concentration excessif des zones de chalandise. A cette occasion, le Conseil de la concurrence avait préconisé de limiter la réglementation de l'urbanisme commercial au seul droit de l'urbanisme et à ne pas y surajouter des procédures administratives supplémentaires. A l'aune des constatations effectuées dans cet avis, l'Autorité de la concurrence ne peut que d'autant plus réitérer cette recommandation que les incertitudes administratives spécifiques qui pèsent sur les grandes surfaces à dominante alimentaire rendent leur recherche de foncier commercial plus ardue.

Toutefois, l'instruction de cet avis a surtout permis de constater que les obstacles réglementaires à l'entrée sont aggravés par les comportements des opérateurs en place, et notamment par leur recours à des clauses de non-concurrence dans une part significative des contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial. Dans les contrats de vente de foncier commercial, celles-ci ont pour objet d'interdire à l'acquéreur d'un terrain ou d'un local commercial d'exercer une activité alimentaire pour une durée pouvant aller jusqu'à 50 années. Plus rarement incluses dans les contrats d'achat de foncier commercial, elles ont alors pour objet d'interdire l'implantation de sociétés pouvant exercer une activité alimentaire sur les autres terrains détenus par le vendeur (le plus souvent mitoyens du terrain objet dudit contrat), la durée de ces clauses pouvant également s'étaler sur plusieurs dizaines d'années. L'instruction a également permis de relever la présence de droits de priorité au profit des groupes de distribution dans certains contrats de vente de foncier commercial, ces derniers ayant des durées pouvant aller jusqu'à 50 ans à compter de la date de signature du contrat. Ces clauses donnent un avantage concurrentiel important au bénéficiaire en lui permettant d'avoir connaissance des offres

faites par des acquéreurs potentiels et d'anticiper ainsi l'arrivée d'un concurrent ou de l'empêcher en faisant jouer son droit de priorité.

Plusieurs opérateurs ont indiqué que de telles clauses avaient constitué un obstacle retardant leur entrée sur une zone de chalandise ou atténué son impact. Il a en outre été constaté que de telles clauses sont également mises en œuvre par des opérateurs susceptibles de disposer, sur leur zone de chalandise, de parts de marché élevées et qu'elles pouvaient concerner des marchés locaux déjà relativement concentrés. En outre, les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces clauses dans les contrats n'emportent pas la conviction, celles-ci ne semblant pas nécessaires pour inciter à l'investissement dans ce secteur ou pour garantir un meilleur service au consommateur.

La suppression de ces clauses de non-concurrence, tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés, apparaît donc nécessaire, ces dernières étant génératrices d'une limitation de la concurrence et constituant un frein à l'installation de nouvelles enseignes.

Plusieurs solutions alternatives à une interdiction totale de ces clauses ont été envisagées. Il serait théoriquement possible de n'interdire ces clauses et ces droits de priorité que dans les zones où le degré de concentration dépasse un certain seuil. Une telle condition imposerait toutefois de délimiter le marché local, d'évaluer son degré de concentration et d'ajuster les zones jugées concentrées au fur et à mesure de leur évolution (en fonction des ouvertures et des fermetures de magasin). Compte tenu de l'absence de gains d'efficacité associés à ces clauses, l'incertitude juridique qui découlerait de la délimitation des zones de chalandise et de la mesure du degré de concentration rend nettement préférable leur interdiction pure et simple. De la même façon, l'autorisation de clauses de non-concurrence limitées dans le temps pour des surfaces foncières peu susceptibles d'accueillir un nouvel opérateur constituerait un remède difficile à surveiller alors même que les effets produits par ces clauses peuvent être significatifs.

Ces recommandations sont proches de celles formulées par la *Competition Commission* britannique. Celle-ci a notamment remis en cause les clauses restrictives d'exploitation par lesquelles un groupe de distribution vendant un terrain interdisait à l'acheteur de l'exploiter pour une activité de distribution ou de le revendre à un autre groupe de distribution (« *restrictive covenant* ») et a également limité la durée de certaines exclusivités territoriales par lesquelles un distributeur était protégé de l'implantation de distributeurs concurrents sur une même zone géographique (cf. *Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation, 2008*).

V. Les pratiques constatées dans les relations d'affiliation entre les commerçants affiliés et les groupes de distribution

La décision d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 indique: « Sur les contrats d'affiliation des magasins indépendants, la saisine examinera les différents contrats en vigueur, notamment les contrats de franchise ou d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants, ainsi que les autres 34 contrats liant un

commerçant à une personne juridique représentant le réseau (contrat d'approvisionnement, de location-gérance, de bail, pacte d'associés, etc.). Il s'agira pour l'instruction d'apprécier la force du lien entre les têtes de réseau et les commerçants affiliés, et le degré réel d'indépendance de ces derniers. L'impact de ces relations verticales sur la mobilité inter-réseaux devra être évalué pour chacun des principaux formats de vente (hypermarchés, supermarchés, magasins de proximité, magasins spécialisés), en fonction de la nature et de l'encadrement réglementaire des liens entre les membres du réseau. Devront ainsi être pris en compte la durée des contrats liant le commerçant indépendant et son réseau, les obstacles s'opposant au changement d'enseigne d'un magasin et les barrières à l'entrée ainsi créées à l'encontre de nouveaux opérateurs. Les caractéristiques de ces relations entre le magasin indépendant et son réseau d'affiliation devront ensuite être appréciées au regard de leurs potentiels effets concurrentiels, eux-mêmes fonction de la rareté des emplacements commerciaux sur les zones de chalandise et du poids des opérateurs liés par ces contrats sur les marchés pertinents identifiés. Les justifications pro-concurrentielles de ces clauses, en termes de transfert de savoir-faire et de réduction du risque supporté par le magasin indépendant notamment, devront également être prises en compte dans cette évaluation» (paragraphe 6).

En premier lieu, l'instruction de l'avis a permis de constater l'importance du parc de magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution à dominante alimentaire. Selon les déclarations des principaux opérateurs, celui-ci représente en France environ 63% du total des hypermarchés, 70% du parc des supermarchés (hors magasins de maxi-discount) et 77% du parc des magasins de proximité, la part des magasins restants représentant les magasins intégrés exploités directement par les groupes de distribution.

L'instruction a en second lieu mis en évidence la variété des types organisationnels et contractuels d'affiliation. En effet, les modes d'affiliation d'un magasin indépendant à un groupe intégré sont variés. À titre d'illustration le groupe Carrefour distingue ainsi cinq modèles d'organisation de son parc de magasins : « Cas n°1: magasins intégrés exploités directement par Carrefour ; Cas n°2 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales sans prise de participation de Carrefour), propriétaires du fonds de commerce ; Cas n°3 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales), locataires-gérants de Carrefour ; Cas n°4 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, locataires-gérants de Carrefour ; Cas n°5 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, propriétaires du fonds».

Comme indiqué supra (paragraphe 72 et suivants), l'instruction a enfin été conduite à souligner la faible mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents. Compte tenu des multiples obstacles à la création de nouveaux magasins, cette faible mobilité est constitutive d'une véritable barrière à l'entrée dans le secteur de la distribution alimentaire. Pour une part significative, cette

inertie des magasins affiliés est due à certains dispositifs mis en place par les groupes de distribution, qui ont pour objet et/ou effet d'empêcher leurs magasins affiliés de quitter le réseau. Ces dispositifs sont d'ordre contractuel d'une part (A) et capitalistique d'autre part (B).

A. LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS

Les relations entre les affiliés et les groupes de distribution sont souvent formalisées par divers documents contractuels (contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'approvisionnement, contrat de licence de marque, contrat de location-gérance, statuts, règlement intérieur, etc.). Pour la plupart, ces relations présentent plusieurs dispositifs qui ont pour objet et/ou pour effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau à savoir, des engagements de durée relativement longs (1), des échéances différentes entre les nombreux contrats liant le magasin et sa tête de réseau (2), des droits d'entrée à paiement différé (3), des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié (4) et enfin, des droits de priorité au profit des têtes de réseau (5).

1. LA DURÉE RELATIVEMENT LONGUE DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS

L'instruction a permis de constater des durées d'engagement relativement longues (a) auxquelles les opérateurs ont apporté des justifications peu convaincantes (b). L'analyse juridique de ces clauses permet de s'interroger sur le caractère excessif de la plupart des durées d'engagement constatées (c).

a) Des durées d'engagement relativement longues et disparates selon les enseignes

De manière générale, ce sont les groupements coopératifs qui présentent la durée de contractualisation la plus longue avec des durées d'adhésion pouvant aller jusqu'à 30 ans.

Toutefois, l'un des grands groupements coopératifs français ne prévoit pas de durée minimale d'adhésion de ses membres : ceux-ci sont libres de se retirer du groupement à la fin de l'exercice social et moyennant le respect d'un préavis de six mois.

Les contrats de franchise employés par les groupes intégrés sont dans l'ensemble d'une durée plus courte que les contrats d'adhésion aux réseaux coopératifs. Leur durée est comprise entre 3 et 9 ans. Ils sont le plus souvent tacitement renouvelables pour une durée équivalente à la durée initiale. Les durées de préavis de résiliation sont en général comprises entre six mois et un an. Une absence d'uniformité des durées par type de format entre enseignes de groupes différents ainsi qu'entre les différentes enseignes d'un même groupe a également été constatée.

Pour s'assurer du respect de la durée des contrats par les magasins indépendants, la plupart des enseignes utilisent également des clauses pénales d'indemnisation en cas de rupture anticipée du contrat. Le montant prévu de ces indemnités correspond en général au montant des cotisations restant dû jusqu'à l'échéance du contrat ou à un certain pourcentage (pouvant atteindre 10

%) du chiffre d'affaires de l'affilié. A titre de comparaison, il convient de rappeler que selon la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (la FCD), la moyenne des taux de marge nette des trois principaux distributeurs intégrés (Auchan, Carrefour et Casino) est de 2 % en 2009. Enfin, les ruptures anticipées de contrat donnent également lieu à des procédures contentieuses coûteuses, notamment lorsqu'est prévue une clause d'arbitrage.

b) Les justifications apportées par les opérateurs aux durées d'engagement relativement longues

Selon les opérateurs, une durée de contractualisation longue favoriserait de meilleures incitations à l'investissement et une plus grande stabilité du réseau.

L'argument de l'incitation à l'investissement

Selon la plupart des opérateurs, les contrats de longue durée sont nécessaires pour inciter les deux parties, groupe de distribution et magasin indépendant, à engager des investissements dans le magasin, en ce compris les investissements effectués à l'ouverture du magasin et ceux réalisés de façon périodique aux fins de rénovation du magasin, engagés en moyenne toutes les cinq à sept années. L'affilié, pour réinvestir dans son magasin, aurait besoin d'une durée d'engagement suffisamment longue pour avoir le temps de rentabiliser l'investissement effectué, ce qui expliquerait que les contrats, à l'issue de la première collaboration de cinq à sept années, soient reconduits pour une durée équivalente. En outre, une relation de longue durée serait également un gage de sécurité pour les établissements bancaires prêtant leur concours à l'entrepreneur indépendant. Lors de leurs auditions, les acteurs du marché ont ainsi indiqué à plusieurs reprises que la durée d'amortissement d'un fonds de commerce (hors immobilier et foncier commercial) est comprise entre cinq et dix années selon le format et les marges nettes réalisées.

Toutefois, cet amortissement comptable ne correspond pas au raisonnement suivi en droit de la concurrence, qui ne prend en compte que la spécificité des actifs, le risque de parasitisme, et, le cas échéant, l'incertitude liés à l'opération d'investissement. Or, selon les opérateurs, le risque associé à l'installation d'un magasin serait relativement faible une fois les autorisations administratives nécessaires obtenues. Le risque de parasitisme est lui également limité : les investissements réalisés par un affilié ne risquent guère de profiter à un autre affilié concurrent. En dernier lieu, la spécificité des actifs acquis par l'affilié est principalement limitée aux investissements réalisés pour agencer le magasin, chiffré par un opérateur à environ 300 euros par m². En raisonnant sur cette base et à partir des estimations de chiffre d'affaires au m² et de marge nette réunis au dossier, la durée d'amortissement de cet investissement spécifique serait alors comprise entre deux et cinq années.

Le caractère fortement asymétrique des investissements engagés par les parties doit également être pris en compte pour apprécier la durée adéquate des relations contractuelles entre tête de réseau et magasin indépendant. Hormis dans les cas où les affiliés opèrent par le biais d'une société commune avec la tête de réseau, les investissements effectués par cette dernière pour accompagner son affilié demeurent, sauf exceptions, très limités. Ainsi, selon un

opérateur intégré interrogé, ce dernier peut verser de 70 000 à 120 000 euros au titre des « *produits accessoires occasionnels* » sur une période de 7 années, le plus souvent lors de la rénovation du magasin. D'autres investissements sont également effectués par les groupes de distribution, comme les « *espaces dans les plateformes, la codification des magasins et de leurs assortiments dans les systèmes, l'intégration dans les dispositifs publi-promotionnels, la mise en place des équipes de support (marchandise essentiellement), la formation des équipes magasin, la configuration des outils informatiques, et le cas échéant, l'implantation de nouveaux outils, connexion au système de fidélité, la mise à jour de tous les référentiels de l'entreprise...en résumé la gestion de l'intégration au sens large* », mais ils n'ont pu être chiffrés et sont de toute façon très peu spécifiques à un affilié donné.

Les durées de contractualisation très différenciées (de 0 à 30 ans) observées dans le secteur tendent également à relativiser la portée des justifications fondées sur les incitations à l'investissement : en effet, à aucun moment les opérateurs présentant dans les contrats qu'ils souscrivent les durées les plus longues n'ont fait valoir que les investissements réalisés par leur groupe ou les magasins affiliés étaient plus élevés que ceux entrepris par les concurrents aux durées d'engagement plus courtes. En particulier, l'exemple du groupement coopératif n'exigeant aucune durée d'engagement est à cet égard particulièrement frappant.

En outre, sur un plan plus théorique, plus la concurrence entre les opérateurs est grande et plus les incitations à l'investissement, tant des groupes de distribution que des magasins indépendants, sont fortes. En effet, des magasins indépendants à même de faire jouer la concurrence entre les réseaux de distribution inciteraient ainsi ces derniers à investir. De même, des groupes de distribution à même d'étendre la densité de leurs réseaux en accueillant des magasins exploités sous enseigne concurrente accroîtraient les incitations à investir des magasins indépendants afin de pouvoir demeurer affiliés au réseau. Enfin, des relations contractuelles de longue durée peuvent s'avérer désavantageuses pour les magasins indépendants subissant une dégradation des termes commerciaux proposés par leur tête de réseau : dans ce cas, tant la spécificité des investissements qu'ils auront consentis que la durée des engagements souscrits constitueront des freins à toute volonté de changement d'enseigne.

L'argument de la préservation de la stabilité du réseau

En second lieu, une relation contractuelle de longue durée serait également pour le groupe de distribution, un moyen d'assurer la stabilité de son réseau et de ses volumes d'achats et ainsi la compétitivité de son approvisionnement.

L'argument de la préservation du réseau et de sa compétitivité présente également des limites. Selon les opérateurs, notamment les groupements coopératifs, une moindre durée des contrats entraînerait une moins grande stabilité du réseau, un nombre important de magasins étant chaque année susceptible de le quitter pour rejoindre un groupe de distribution concurrent. Toutefois, cet argument ne tient pas compte des magasins que chaque réseau, selon ses performances, serait à même d'accueillir chaque année dès lors que la

durée de leurs engagements avec les groupes concurrents serait également plus courte.

Une variante plus convaincante de cet argumentaire est que les groupes intégrés, de peur que leurs magasins indépendants ne quittent le réseau, décident de les acquérir totalement ou partiellement si la durée des contrats les liant à leurs magasins affiliés était raccourcie. Dotés de moindres capacités financières, les groupements coopératifs ne pourraient répliquer efficacement à cette stratégie. A terme, la réduction du parc de magasins indépendants conduirait à une déstabilisation des groupements coopératifs et donc à une dégradation de leur compétitivité. Toutefois, l'examen des transferts de magasins montre que les groupements intégrés ne sont pas nécessairement les opérateurs vers lesquels se tournent les magasins souhaitant changer de réseau de distribution. En outre, de telles opérations de rachat, si elles portent sur des magasins suffisamment importants, devront être notifiées au titre du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, qui en appréciera l'impact sur la concurrence. Enfin, force est de constater que tant les groupements coopératifs que les groupes de distribution intégrés s'appuient sur des dispositifs d'ordre capitalistique (participation au capital des sociétés d'exploitation) pour prévenir le départ de certains de leurs magasins vers des enseignes concurrentes.

c) L'analyse juridique des durées d'engagement relativement longues

Dans un arrêt du 22 février 2000, la Cour de cassation a considéré que n'était pas contraire au droit coopératif la clause des statuts obligeant tout associé coopérateur à adhérer au groupement pour une durée d'au moins 30 ans dans la mesure où cette clause avait « *pour objet de maintenir, pendant une durée raisonnable, la cohésion des coopérateurs entre eux en vue de couvrir les risques décidés en commun et d'achever l'amortissement dont le partant ou l'exclu a temporairement tiré profit* » (Cass.com., 22 février 2000, n° 97-17-020).

En revanche, dans le cadre de la décision n° 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de considérer que « *l'insertion d'une clause de longue durée dans un contrat, éventuellement prolongée par une reconduction tacite, peut à elle seule avoir des effets restrictifs de concurrence si elle n'est pas justifiée par la nécessité d'amortir des investissements ou par une contrepartie accordée au cocontractant. L'ajout de contraintes à la résiliation anticipée accentue l'effet restrictif de concurrence* ». Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une durée contractuelle initiale de quatre ans, doublée d'une clause de reconduction tacite d'une durée de quatre ans et de la limitation de la possibilité de résilier le contrat à sa date anniversaire sous réserve du respect d'un préavis de trois mois précédant la date d'expiration du contrat, avait des effets restrictifs de concurrence sur le marché de la location-entretien des machines d'affranchissement postal, dès lors qu'elle ne se justifiait pas par la nécessité d'amortir un investissement initial et que la structure du marché (90% du marché lié par des contrats d'une durée de 5 ans ou plus) était telle que ces

contrats de longue durée empêchaient toute entrée effective d'un opérateur concurrent.

Or, comme on l'a vu, les raisons avancées par les groupes de distribution pour justifier la durée relativement longue des engagements souscrits, notamment celle relative à la durée d'amortissement des investissements, n'emportent pas la conviction (cf. paragraphe 123 et suivants). En outre, la majeure partie des enseignes pratiquent des durées d'engagement relativement longues, supérieures à 5 ans : seules cinq enseignes appartenant à des groupes intégrés et un groupe coopératif proposent des durées d'affiliation inférieures ou égales à 5 ans. De plus, l'analyse de ces clauses doit être faite en prenant en compte la relation de quasi exclusivité existant entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés. Ainsi que l'indiquaient les paragraphes 73 et suivants, malgré l'absence de clause d'approvisionnement exclusif, les magasins affiliés s'approvisionnent quasiment exclusivement auprès des centrales d'achat de leur tête de réseau. Enfin, la création de nouveaux magasins demeure entravée par de nombreux obstacles, comme l'atteste le contraste entre la relative stabilité du nombre de magasins ouverts et le potentiel de développement encore constaté sur de nombreuses zones de chalandise. Dès lors, des durées d'engagement excessivement longues entre les deux partenaires sont susceptibles de limiter la concurrence que se livrent les centrales d'achat et de référencement pour écouler leurs produits auprès des magasins indépendants. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n° 330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

Eu égard à la grille d'analyse définie par le Conseil de la concurrence en la matière, aux dispositions du Règlement n°330/2010 de la Commission, à la part de marché cumulée détenue par les enseignes liant leurs affiliés par des durées d'engagement longues, et à la faible portée de leurs justifications, les clauses de durée qui excèdent cinq années soulèvent donc de légitimes préoccupations de concurrence.

2. LA MULTIPLICITÉ DES CONTRATS ET LE DÉCALAGE DE LEURS ÉCHÉANCES

L'instruction a permis de constater que les relations entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés sont la plupart du temps formalisées par plusieurs documents contractuels distincts (contrat de franchise, contrat d'adhésion au groupement coopératif, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, pactes d'associés, statuts des magasins indépendants, etc.). Lorsque de tels contrats sont d'une durée différente et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas automatiquement la rupture d'un autre – qui s'accompagne fréquemment du paiement d'indemnités ou/et de l'entrée en vigueur de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation (cf. *infra*), la durée de la relation

contractuelle peut alors être artificiellement prolongée. En outre, la multiplication des documents contractuels est génératrice d'opacité et d'insécurité juridique susceptibles de dissuader le propriétaire du magasin indépendant de quitter le réseau auquel il est affilié.

Dans sa décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998, le Conseil de la concurrence a estimé que « *le jeu cumulé des clauses susvisées proposées par la société J.C. Decaux, comportant tacite reconduction des contrats avec des conditions de dénonciation rendant difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, signatures d'avenants d'une durée égale à la durée initiale en cas de remplacement des mobiliers en cours de contrat, parfois accompagnées de clauses de tacite reconduction, et clause de préférence aux conditions du contrat initial pour les sociétés du groupe Decaux en cas d'installation de mobilier dans de nouveaux emplacements, a pour effet de prolonger artificiellement la durée de la relation contractuelle entre Decaux et les collectivités et de permettre aux sociétés de ce groupe d'éviter pendant des durées très longues atteignant parfois plusieurs dizaines d'années, toute mise en concurrence* ».

En outre, dans le cadre de la saisine relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité ayant donné lieu à la décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010, le Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale (SEFAG) dénonçait le décalage d'échéance entre les différents contrats conclus entre les filiales du groupe Carrefour et les franchisés, qui avait selon lui pour conséquence de prolonger artificiellement leur durée. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence, ayant constaté cette difficulté, a pris acte de l'engagement du groupe Carrefour de mettre fin à cette situation en alignant sur une même date les échéances des contrats de franchise et d'approvisionnement en cours qui comporteraient des termes différents (paragraphe 33 de ladite décision).

3. LES DROITS D'ENTRÉE À PAIEMENT DIFFÉRÉ

Plusieurs enseignes prévoient un droit d'entrée dans le réseau correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel, dont le paiement est différé au jour où le contrat d'affiliation prend fin.

Les clauses prévoyant des droits d'entrée au paiement différé ne sont pas des clauses illégales *per se*. Elles peuvent néanmoins avoir pour effet de dissuader l'affilié de quitter le réseau à l'arrivée à échéance de la relation contractuelle ou en cas de manquement contractuel grave imputable à la tête de réseau. En effet, le droit d'entrée au paiement différé oblige l'affilié qui décide de quitter le réseau à payer un véritable « droit de sortie » alors qu'un étalement du paiement fractionné pendant le déroulement du contrat serait plus soutenable pour l'affilié.

À cet égard, le site www.pme.gouv.fr édité par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi pour venir en aide aux PME recommande de ne pas adopter de telles clauses et de limiter dans le temps l'échelonnement du paiement du droit d'entrée lorsque ce procédé est appliqué.

4. LES CLAUSES DE NON-RÉAFFILIATION ET DE NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLES

Les plupart des contrats d'affiliation analysés prévoient des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles (a) nécessaires, selon les

opérateurs, à la protection du savoir-faire transmis aux affiliés (b). Il convient de procéder à l'analyse juridique de ces clauses afin de déterminer si elles remplissent les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence (c).

a) La variété des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées

Plusieurs enseignes incluent également dans un ou plusieurs des contrats les liant à un magasin indépendant ou à son propriétaire des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles. La plupart des clauses de non-réaffiliation relevées ont vocation à ne s'appliquer qu'en cas de rupture anticipée du contrat et ce, pendant une durée allant d'un à deux ans à compter de la résiliation du contrat. D'autres clauses de non-réaffiliation présentes dans les contrats analysés ont vocation à s'appliquer, que le contrat soit arrivé à échéance ou qu'il ait été résilié avant son terme. Certaines enseignes emploient des clauses plus générales de non-concurrence tantôt applicables uniquement en cas de résiliation anticipée du contrat, tantôt applicables lors de son terme prévu. Ces clauses de non-concurrence sont toutes d'une durée post-contractuelle d'un an. Enfin, plusieurs enseignes ne recourent ni à des clauses de non-réaffiliation ni à des clauses de non-concurrence post-contractuelles.

Par ailleurs, l'étendue géographique de ces clauses varie selon les enseignes : il peut ainsi s'agir du territoire concédé, d'un rayon de 30 km (en zone rurale), 20 km, 15 km, 10 km (en zone urbaine) ou 5 km autour du magasin. Certaines clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles ne sont en revanche pas limitées géographiquement.

b) Les justifications apportées par les opérateurs aux clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

Les opérateurs justifient la présence de telles clauses par la nécessité de protéger le savoir-faire transmis aux magasins affiliés qui ont décidé de quitter le réseau.

Dans le secteur de la distribution alimentaire, le savoir-faire que les groupes s'engagent à transmettre à leurs affiliés consisterait en général en :

- des conseils relatifs à l'organisation générale de l'activité du magasin, et plus particulièrement à la politique commerciale et à l'agencement du magasin, aux budgets d'investissement et aux comptes d'exploitation souhaitables, aux actions promotionnelles à mener, à la gestion commerciale, administrative et financière, dont la fourniture de prix de vente aux consommateurs conseillés, de plans d'assortiment et d'implantation ;
- des programmes de formation du personnel ;
- une politique de communication et de publicité autour de l'enseigne ;
- une aide à la recherche d'emplacements pour de nouveaux magasins ;
- l'organisation de réunions sur les perspectives d'évolution de l'enseigne etc.

c) L'analyse juridique des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

Dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, il ne paraît pas exclu de pouvoir assimiler les clauses de non-réaffiliation à des clauses de non-concurrence. En outre, ces clauses doivent répondre à une exigence de nécessité et de proportionnalité dont il n'est pas certain qu'elle soit respectée par les relations entre magasins indépendants et groupes d'affiliation.

L'assimilation de la clause de non-réaffiliation à une clause de non-concurrence post-contractuelle

La jurisprudence distingue les clauses de non-réaffiliation des clauses de non-concurrence post-contractuelles, au motif que les premières imposent une restriction à la poursuite de l'activité de commerçant, et non une interdiction. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt récent : « (...) *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* » (Cass.com. 28 septembre 2010, n° de pourvoi: 09-13888). La Cour de cassation a néanmoins eu à plusieurs reprises l'occasion de soumettre les clauses de non-réaffiliation aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence post-contractuelles (Cass. com. 17 janvier 2006, n° pourvoi : 03-12382 ; Cass. civ.2ème 10 janvier 2008, n° pourvoi : 07-13558).

En effet, dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de non-concurrence. Tel pourrait également être le cas si un magasin non-affilié n'était pas en mesure d'exercer une réelle pression concurrentielle sur les magasins affiliés.

De fait, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, la distinction entre clause de non-réaffiliation et clause de non-concurrence apparaît particulièrement fragile. En effet, de plus en plus de commerces d'alimentation générale choisissent de s'affilier à une enseigne afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractives, y compris sur le marché des commerces alimentaires de proximité. Selon l'IFLS34, la quasi-totalité des supermarchés de proximité (97,8 % des magasins et 97,9 % des surfaces de vente) de plus de 400 m² sont ainsi liés à des grands groupes français de distribution, et le rôle des groupes de distribution sur les formats de plus petite taille irait également croissant, puisque 34 % des magasins de proximité d'une surface comprise entre 120 et 400 m², soit 43,5 % de la surface commerciale totale des magasins de cette superficie, seraient déjà affiliés à une enseigne. Ainsi, plus un magasin est grand, plus l'affiliation à un réseau d'enseigne peut être nécessaire à son exploitation. Enfin, les éléments qualitatifs recueillis auprès des opérateurs eux-mêmes tendent également à confirmer cette hypothèse : à titre d'exemple, décrivant les facteurs de réussite du commerce de proximité, le directeur exécutif d'un groupe de distribution a ainsi mentionné l'étendue de l'offre, le niveau d'acceptabilité du prix, le nouveau système promotionnel mis en place, le recours aux cartes de fidélité inter-formats et inter-magasins.

Il apparaît donc que dans le secteur de la distribution alimentaire, le fait d'être affilié à un groupe de distribution constitue pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité ou, à tout le moins, une condition nécessaire à l'exercice d'une pression concurrentielle sur les magasins affiliés. Dès lors, dans ce secteur d'activité, les clauses de non-réaffiliation pourraient valablement être assimilées à des clauses de non-concurrence.

Des clauses qui doivent être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent

Conformément à une jurisprudence communautaire et nationale constante, le Conseil de la concurrence a admis la présence de clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation dans les contrats de franchise, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de nécessité et de proportionnalité. Dans ses décisions n° 96-D-36 du 28 mai 1996 et n° 97-D-48 du 18 juin 1997, le Conseil a précisé ces conditions : « *Considérant que les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité ; que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent ; Considérant que le règlement (CEE) n°4087/88 prévoit qu'une obligation de non-concurrence ne peut être imposée aux franchisés après l'expiration du contrat que pour une durée raisonnable qui ne peut excéder un an et seulement dans la mesure où une telle obligation est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau ;* »

En particulier, l'article 5.3 du règlement communautaire n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées prévoit que l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui contiennent toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, sauf si les conditions suivantes sont cumulativement remplies : a) *l'obligation concerne des biens et des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels ; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ; c) l'obligation est indispensable à la protection du savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord* ».

À cet égard, dans un arrêt du 9 juin 2009 la Cour de cassation, reprenant les exigences posées par le règlement communautaire 2790/1999 (remplacé depuis par le règlement n° 330/2010 précité) a cassé un arrêt de cour d'appel ayant déclaré valable une clause de non-concurrence post -contractuelle d'une durée d'un an et applicable dans un rayon de 30 km autour du point de vente, prévue dans un contrat de franchise conclu entre la société Distribution Casino France (le franchiseur) et la société Perrosdis (le franchisé) : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé uniquement à celles, d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite*

a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass.com. 9 juin 2009, n° 08-14301).

La validité des clauses relevées dans les contrats d'affiliation au regard des règles énoncées

Il convient d'examiner dans quelle mesure les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles prévues dans les contrats d'affiliation sont véritablement nécessaires à la protection du savoir-faire, à l'identité commune et à la réputation du réseau, puis de s'interroger sur le caractère proportionné de ces clauses au regard des objectifs poursuivis.

Sur le caractère nécessaire à la protection du savoir-faire

Au regard des contrats d'affiliation transmis aux services d'instruction et des auditions menées avec les opérateurs, le savoir-faire transmis par les enseignes à leurs affiliés et adhérents présente trois caractéristiques :

– Premièrement, une part de ce savoir-faire est observable en magasin, notamment celui relatif à l'agencement du magasin, à son assortiment et aux plans d'implantation des produits. Il n'a donc pas lieu d'être protégé par des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation.

– Deuxièmement, une autre part de ce savoir-faire est constituée d'éléments non-observables mais communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant. Il en va notamment ainsi des compétences du commerçant indépendant en matière de gestion financière ou d'implantation des magasins. Commun à tous les magasins, ce savoir-faire n'a donc pas non plus lieu d'être protégé, d'autant que la rentabilité de son transfert est assurée par les contrats d'affiliation de longue durée passés entre les magasins indépendants et leurs têtes de réseau. Enfin, ce savoir-faire est partie intégrante de l'expérience et de la compétence professionnelle du gérant de magasin, et il n'est donc pas possible de l'empêcher d'en faire usage à l'issue du contrat.

– Troisièmement, une dernière part du savoir-faire est constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents, comme le savoir-faire relatif à la politique de promotion de l'enseigne. Cette composante du savoir-faire peut justifier la présence de clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles même si, dans la plupart des cas, cette composante du savoir-faire peut être parfaitement protégée par une clause de confidentialité. La plupart des contrats d'affiliation incluent d'ailleurs de telles clauses de confidentialité qui, contrairement aux clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles qui interdisent à l'affilié d'exercer son activité pendant un certain laps de temps à l'issue du contrat, se bornent à interdire à l'affilié de réutiliser directement ou indirectement le savoir-faire transmis ou de le divulguer à un tiers, sous peine de poursuites judiciaires. En outre, il convient de remarquer que le magasin indépendant n'est bien souvent pas décisionnaire des stratégies susceptibles de s'appuyer sur ce type de savoir-faire, chaque enseigne disposant de ses propres orientations en la matière. En changeant d'enseigne, l'affilié abandonne *de facto* la majeure partie

du savoir-faire, tant spécifique que général, transmis par le groupe auquel il était affilié jusqu'alors afin d'adopter celui transmis par le nouveau groupe auquel il sera affilié. Dès lors, l'éventuel transfert de savoir-faire d'une enseigne à une autre par le biais de ses magasins indépendants paraît limité.

Au final, le savoir-faire nécessitant ou pouvant effectivement faire l'objet d'une protection par le biais de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble relativement limité. De plus, les clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats de certaines enseignes ne sont exercées qu'en cas de rupture anticipée de la relation contractuelle, tendant à indiquer que celles-ci ne sont pas liées à la crainte d'une « fuite » du savoir-faire vers des groupes de distribution concurrents – car si tel était le cas, elles s'appliqueraient indépendamment de la circonstance, rupture ou échéance au terme prévu du contrat, conduisant à la fin du contrat.

Sur le caractère nécessaire et proportionné au regard de l'objectif de protection de l'identité commune et de la réputation du réseau.

L'insertion d'une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle dans les pactes d'associés et dans les contrats de mise en location-gérance permet également de préserver l'identité et la réputation d'une enseigne en marquant une rupture dans l'exploitation du fonds de commerce, afin de s'assurer que l'ancien affilié n'emporte pas avec lui un élément important du fonds de commerce, en se réinstallant à son compte. De manière similaire, une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation peut s'avérer nécessaire, lorsque l'affilié possède son fonds de commerce et les murs de son local, ou envisage de poursuivre son activité dans un autre local situé dans la même zone de chalandise, pour marquer une rupture dans l'exploitation, afin que l'affilié ne continue pas à bénéficier de la réputation et de l'image acquise auprès de ses clients grâce à son affiliation passée à une enseigne.

Toutefois, compte tenu de la rapidité avec laquelle évoluent les concepts de vente, on peut valablement s'interroger sur la nécessité de marquer une rupture dans l'exploitation d'un local ou d'un fonds de commerce avec l'instauration d'une clause de non-concurrence post-contractuelle relativement longue. De plus, étant donné la relative faiblesse de la différenciation qui existe entre les différentes enseignes d'alimentation de proximité, il ne semble dès lors pas nécessaire d'imposer aux affiliés des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles de longues durées pour préserver l'image du réseau.

Enfin, il convient de rappeler que conformément à l'article 5.3 du règlement n°330/2010 précité (cf. paragraphe 153) les clauses de non-concurrence post-contractuelles doivent, pour pouvoir bénéficier de l'exemption, à la fois être indispensables à la protection du savoir-faire et limitées aux locaux à partir desquels l'affilié a exercé ses activités pendant la durée du contrat d'une part, et limitées à une durée de un an à compter de l'expiration de l'accord, d'autre part. Dès lors, il apparaît que la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées dans les contrats d'affiliation étudiés

ne remplissent pas les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis, érigées par le droit de la concurrence.

5. LES DROITS DE PRIORITÉ AU PROFIT DES GROUPES DE DISTRIBUTION

La plupart des contrats analysés comprennent des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés valables pendant toute la durée de la relation et plusieurs années après (a), auxquels les opérateurs n'apportent pas de justification convaincante (b). Eu égard à la faible mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution, l'analyse juridique de ce type de clauses conduit à s'interroger sur leur caractère anticoncurrentiel (c).

a) La présence, dans la plupart des contrats, de droits de priorité valables pendant toute la durée du contrat et plusieurs années après l'arrivée à échéance de ce dernier

La plupart des contrats analysés prévoient des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés. Généralement, deux types de droit de priorité sont alternativement employés. Les droits de préférence donnent au réseau d'origine le privilège de la première offre d'achat. En cas de désaccord entre les parties sur les conditions de la vente, ces dernières sont fixées à dire d'expert. Les droits de préemption, quant à eux, permettent au réseau d'origine de s'aligner sur l'offre formulée par un groupe concurrent.

La durée de validité de ces clauses varie selon les enseignes. Pour certaines, le droit de priorité consenti par l'affilié à sa tête de réseau n'est valable que pendant la relation contractuelle. Toutefois, dans la plupart des cas, le droit de priorité survit au terme du contrat pour des durées pouvant aller de un à quinze ans et parfois même, pour une durée illimitée.

L'ensemble des droits de priorité recensés sont assortis d'un droit d'agrément au profit du groupe de distribution : si la tête de réseau renonce à son droit de priorité, le repreneur doit néanmoins être agréé par cette dernière pour poursuivre le contrat en cours. A défaut, le contrat est réputé résilié à l'initiative de l'affilié.

b) Les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces droits de priorité

Les opérateurs donnent deux justifications principales à l'insertion de droits de priorité dans les contrats d'affiliation. En premier lieu, ces clauses viseraient à assurer le maintien de leurs magasins affiliés dans le réseau, à pérenniser ainsi leur parc de magasins et par conséquent à maintenir leurs volumes d'achat et leur compétitivité. La survie de ces clauses au terme du contrat viserait à contrer le risque de contournement du dispositif par un affilié qui, souhaitant vendre son magasin à un concurrent mieux offrant, attendrait l'arrivée à échéance de son contrat pour vendre son magasin audit concurrent. De même, la durée relativement longue des droits de priorité viserait à éviter que le dispositif ne puisse être contourné, par exemple par un opérateur intégré qui se

contenterait de livrer le magasin resté indépendant afin de le racheter une fois le droit de priorité expiré.

En second lieu, les groupements coopératifs justifient la présence de telles clauses comme étant un moyen de contrer les pratiques « prédatrices » des réseaux intégrés qui, dotés de ressources financières plus importantes, seraient disposés à surenchérir pour acquérir des magasins et des emplacements commerciaux, et ainsi améliorer leur puissance d'achat et leur compétitivité.

La pertinence de ces arguments demeure toutefois très relative. En premier lieu, si ces droits de priorité visent à parfaire le dispositif censé empêcher que les magasins indépendants ne quittent un groupe de distribution pour un autre, ils s'ajoutent alors aux durées d'engagement longues et aux clauses de non-concurrence déjà constatées, censées permettre aux groupes de distribution de rentabiliser le savoir-faire et, dans certains cas, le fonds de commerce transmis.

En second lieu, il n'appartient pas aux réseaux de distribution de déterminer quel est le mode d'organisation optimal du secteur de la distribution (intégré ou affilié) et d'empêcher leurs membres de choisir l'un ou l'autre de ces deux modes. En l'occurrence, la concurrence que se livrent ces différents formats pour faire croître leurs réseaux doit être arbitrée par les choix des consommateurs, qui privilégient le mode d'organisation leur procurant le rapport qualité-prix le plus favorable, et non par les clauses discriminatoires insérées dans les contrats d'affiliation ou de franchise. Lorsque l'acquisition est susceptible de restreindre excessivement les choix des consommateurs, l'évaluation de ses effets demeure du seul ressort des autorités de concurrence, qui, en fonction du niveau de concurrence subsistant dans la zone de chalandise, autorisent ou non le projet d'acquisition. L'abaissement des seuils de notification pour les opérations de concentration réalisées dans le secteur du commerce de détail permet précisément une évaluation des rachats de magasins indépendants, dès lors que les montants en jeu (15 millions d'euros de chiffres d'affaires annuels) sont suffisamment conséquents pour que des contraintes de nature financière puissent empêcher certains groupes de participer à cette concurrence.

c) L'analyse juridique des droits de priorité prévus dans les contrats d'affiliation

Les autorités de concurrence françaises ont déjà eu à traiter des droits de priorité du type de ceux employés dans les contrats de franchise ou d'affiliation. Dans sa décision n° 95-D-39 du 30 mai 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location d'emplacements publicitaires destinés à l'affichage de grand format, le Conseil de la concurrence avait ainsi considéré « *que la clause de préférence en fin de bail organise une asymétrie dans la négociation de location des emplacements en permettant à l'afficheur en place de limiter artificiellement son risque de voir l'emplacement lui échapper ; qu'en*

effet, par le jeu de cette clause, le loueur d'un emplacement en fin de bail connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a la garantie de pouvoir toujours conserver son espace sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente ; qu'à l'inverse, un concurrent désirant obtenir la location d'un espace précédemment loué à une autre

entreprise ne sera jamais assuré, même s'il surenchérit, de pouvoir obtenir l'espace convoité ; que les entreprises concernées ont reconnu l'efficacité de la clause de préférence en fin de bail pour limiter la mobilité des panneaux ; qu'ainsi, cette clause, qui ne peut être regardée comme nécessaire à la protection de la qualité des produits, a pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché de l'affichage de grand format en limitant la fluidité des emplacements publicitaires entre les afficheurs au-delà même de la période de six ans fixée comme durée maximale des contrats de louage d'emplacements par la loi du 29 décembre 1979.

De même, dans son avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009, l'Autorité a recommandé au gouvernement, s'agissant des stations-services indépendantes, « [d']interdire les clauses de préférence qui prévoient que le fournisseur dispose d'une priorité pour racheter le fonds de commerce en cas de retrait d'activité de l'indépendant » (paragraphe 240) et ce afin d'éviter la « consolidation [des réseaux intégrés] par rachat des indépendants et généralisation de la gestion en location-gérance » (paragraphe 230).

Les droits de préemption qui prévoient la possibilité pour la tête de réseau bénéficiaire de s'aligner sur les conditions du meilleur acheteur, et de conclure ainsi la vente, organisent au profit du groupe de distribution bénéficiaire une asymétrie dans la négociation du rachat de ses magasins affiliés en lui permettant de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins être rachetés par des concurrents. En effet, par le jeu de cette clause, le groupe de distribution bénéficiaire connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a quasiment la garantie, sauf s'il ne peut ou ne veut pas payer, de pouvoir toujours conserver ses magasins affiliés dans son réseau sans avoir à surenchériser sur une offre concurrente. A l'inverse, ce type de clauses dissuade les groupes de distribution concurrents d'entrer en négociation avec le propriétaire du magasin souhaitant vendre son magasin. En effet, leurs offres de rachat, dont l'élaboration peut s'avérer relativement coûteuse eu égard aux différentes expertises et évaluations qu'elles nécessitent, ont peu de chance d'aboutir, le groupe de distribution bénéficiaire du droit de priorité pouvant les suppléer à conditions et termes équivalents dans la conclusion du contrat de vente. L'absence d'incitation des groupes concurrents à formuler des offres d'achat diminue le pouvoir de négociation du propriétaire du magasin et accroît donc celui de la tête de réseau, qui peut ainsi assurer la pérennité de son réseau à moindre coût.

Les droits de préférence qui obligent l'affilié à proposer en priorité la vente de son magasin à sa tête de réseau soulèvent également des préoccupations de concurrence. En effet, dans ce cas de figure, le propriétaire du magasin n'a pas la possibilité de solliciter d'offre de la part de groupes concurrents avant d'avoir, au préalable, proposé son magasin à la vente à sa tête de réseau. Le fait que le magasin mis en vente ne soit pas confronté aux règles du marché et que le prix de vente de ce dernier soit dès lors fixé par une méthode de valorisation prévue au contrat ou à dire d'expert est de nature à minorer la valeur du magasin, permettant ainsi à la tête de réseau bénéficiaire du magasin de conserver dans son réseau des magasins à moindre coût.

Il apparaît que tant les droits de préemption que les droits de préférence consentis aux groupes de distribution ont pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents.

En outre, ces dispositifs dissuadent les groupes de distribution concurrents d'accueillir dans leur réseau un magasin affilié grevé d'un droit de priorité au profit de son ancienne tête de réseau et ce, pour un certain nombre d'années ou pour une durée illimitée.

Enfin, ces clauses constituent de véritables barrières à l'entrée car elles empêchent tout nouvel entrant d'accéder au réseau de magasins indépendants. En effet, la présence de ce type de clauses dans la plupart des contrats d'affiliation est susceptible d'engendrer une répartition territoriale des groupes de distribution artificielle : le fait que chaque opérateur ait la possibilité de se réserver les emplacements vacants de ses anciens affiliés aboutit à figer de manière immuable les implantations géographiques des groupes de distribution. Ces dispositifs participent en conséquence à la faible mobilité des magasins entre les enseignes et aux préoccupations de concurrence que celle-ci soulève.

B. LES DISPOSITIFS CAPITALISTIQUES CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS ENTRE LES GROUPES DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

De plus en plus fréquemment, les groupes de distribution, tant intégrés que coopératifs, prennent des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs affiliés leur conférant une minorité de blocage.

Certains groupes intégrés de distribution, mais pas tous, ont développé une politique très active de prise de participation au sein de leurs magasins franchisés.

Ces prises de participations varient en règle générale entre 26 % et 50 % du capital de la société d'exploitation de l'affilié, conférant fréquemment aux groupes de distribution une minorité de blocage. En outre, par le jeu des clauses d'enseigne et des règles de majorité présentes dans les statuts et/ou pactes d'associés, les groupes de distribution disposent d'un véritable droit de veto concernant le changement d'enseigne du magasin. Par ailleurs, les pactes d'associés prévoient souvent un droit de priorité réciproque entre actionnaires sur les titres de la société, par lequel les actionnaires s'engagent réciproquement, en cas de vente de leurs titres, à donner la préférence aux autres actionnaires à un prix déterminable basé sur un ratio d'investissement et des règles de valorisation prévues dans le pacte. Enfin, les pactes d'associés comportent en général une clause de non-concurrence interdisant à l'affilié personne physique (à la différence des clauses de non-concurrence présentes dans les contrats de franchise qui engagent pour leur part les sociétés d'exploitation) ayant cédé l'intégralité de ses titres, d'exercer pendant plusieurs années une activité concurrente, notamment en étant actionnaire d'une société d'exploitation d'un magasin alimentaire.

Les groupements coopératifs participent également au capital des sociétés adhérentes. En effet, l'article L. 124-1, 7° du code de commerce permet aux

coopératives de « *prendre des participations même majoritaires dans des sociétés directement ou indirectement associées exploitant des fonds de commerce* ». Il s'agirait là encore d'une pratique de plus en plus fréquente.

L'Autorité est amenée à analyser certaines de ces prises de participations dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. A titre d'exemple, dans le cadre de la décision n° 10-DCC-88 du 4 août 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nico par la société Marchal, il a été relevé que les statuts de la société d'exploitation de l'adhérent Intermarché (en l'espèce, la société Nico) conféraient à ITM Entreprises, via son action de préférence et pendant une durée de 25 ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous enseigne concurrente. De plus, les statuts prévoyaient qu'au-delà de cette période, ITM Entreprises conservait un droit de priorité, en cas de cession, pendant une période de 5 ans. Ces éléments ont permis à l'Autorité de la concurrence de considérer qu'ITM Entreprises exerçait un contrôle conjoint sur ladite société.

Outre des prises de participations « verticales » c'est-à-dire de la tête de réseau dans la société d'exploitation de l'adhérent, l'instruction a également constaté l'existence de prises de participations « horizontales », c'est-à-dire d'un ou plusieurs adhérents dans la société d'exploitation d'un autre adhérent. Dans ce cas de figure également, certaines dispositions statutaires et des pactes d'associés permettent de garantir le maintien de la société d'exploitation et du magasin dans le réseau dudit groupement.

Le cas échéant, les prises de participations des groupes de distribution dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés peuvent faire l'objet d'une notification auprès de l'Autorité de la concurrence, au titre du contrôle des concentrations (cf. *infra*, paragraphe 198). Cependant, il est à noter qu'à la différence des participations verticales, les participations horizontales au sein des groupements coopératifs n'ont jusqu'à présent jamais donné lieu à notification au titre du contrôle des concentrations, les chiffres d'affaires pris en compte étant ceux des adhérents parties à l'opération et non celui du groupement coopératif pris dans sa globalité.

VI. Analyse concurrentielle des pratiques constatées en matière d'affiliation et recommandations

La faible mobilité des magasins affiliés entre les réseaux de distribution concurrents, pour partie due aux pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les différents groupes de distribution (A), produit des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont de l'approvisionnement que sur le marché aval de la vente de détail (B). Les pratiques constatées sont susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence mais, à ce jour, l'Autorité de la concurrence préfère formuler des recommandations qu'elle entend voir être suivies d'effets grâce à la mobilisation des opérateurs et des instances professionnelles concernés (C).

A. LES CONSTATS

Les pratiques contractuelles et capitalistiques constatées, qui ont pour objet et/ou pour effet de freiner la mobilité des magasins affiliés entre réseaux concurrents (1), produisent des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont que sur le marché aval du secteur de la distribution alimentaire (2).

1. SYNTHÈSE DES DIFFÉRENTS OBSTACLES À LA MOBILITÉ CONSTATÉS

L'instruction a permis de démontrer que les pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les groupes de distribution et exposées *supra* limitent la mobilité des magasins entre enseignes concurrentes, déjà freinée par les aléas économiques inhérents à tout changement d'enseigne.

La durée longue des contrats et leur reconduction tacite constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution. Dans certains cas, cet obstacle est renforcé par l'interdépendance de fait qui existe entre les différents contrats liant l'affilié et le groupe de distribution, par les indemnités élevées prévues en cas de rupture anticipée, et par le paiement différé du droit d'entrée par l'affilié, à savoir à la date de cessation du contrat. Enfin, les clauses d'arbitrage insérées dans certains contrats contribuent également à rendre coûteuse toute procédure de règlement des litiges entre les groupes et leurs affiliés.

Deuxièmement, même lorsqu'il a été mis fin au contrat, certains anciens affiliés demeurent liés à leur tête de réseau par des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles. En conséquence, ils ne sont pas en mesure, après leur sortie du réseau, de gérer un magasin au sein d'un réseau concurrent.

Enfin, une troisième difficulté est liée aux dispositions qui limitent les possibilités qu'auraient les affiliés de céder leur entreprise à des tiers au réseau. Les droits de priorité relevés dans les documents contractuels s'appliquent pendant une durée en général importante, pendant laquelle les groupes disposent d'un droit de préférence ou d'un droit de préemption sur la vente et/ou la location-gérance du fonds de commerce et/ou sur les parts de la société d'exploitation. La difficulté de céder un fonds de commerce à un tiers au réseau semble, par ailleurs, renforcée, pour un nombre significatif et croissant d'affiliés, par l'existence de prises de participations avec minorité de blocage de la part des différents groupes de distribution dans les fonds de commerce des affiliés, leur permettant de contrôler l'identité des repreneurs potentiels.

L'ensemble de ces pratiques génèrent de nombreux contentieux, souvent initiés par les groupes de distribution lors du départ de l'un de leur magasin affilié sous un réseau concurrent. Le plus souvent, ces conflits donnent lieu à des procédures judiciaires ou arbitrales longues et coûteuses et constituent donc un élément de dissuasion supplémentaire à l'égard des magasins indépendants souhaitant quitter leur réseau.

2. L'IMPACT DE LA FAIBLE MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS SUR LE JEU CONCURRENTIEL

Les obstacles contractuels et capitalistiques au changement d'enseigne et la faible mobilité des magasins indépendants entre les réseaux de distribution qui en résulte doivent être analysés au regard de la structure du secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. L'instruction de l'avis a démontré que de nombreuses zones de chalandise demeuraient excessivement concentrées, du fait des barrières significatives à l'implantation existant sur ce secteur. Elle a également montré qu'en dépit de l'absence de clause d'exclusivité d'approvisionnement dans les contrats les liant à leur tête de réseau et à sa centrale d'achat, les magasins indépendants tendent à s'approvisionner, pour l'essentiel de leurs besoins, auprès du groupe de distribution auquel ils sont rattachés. De ce fait, l'opérateur qui souhaiterait entrer dans une zone de chalandise ou dans un circuit de distribution où il est encore absent et faire bénéficier le consommateur d'une politique commerciale plus compétitive doit disposer d'un parc de magasins, intégrés ou affiliés : il ne peut en pratique vendre ses marchandises à des magasins indépendants affiliés à des groupes concurrents.

Dans ce contexte sectoriel, tout obstacle à une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les réseaux est alors dommageable à l'efficacité du secteur de la grande distribution alimentaire et aux bénéfices que peut en retirer le consommateur. En effet, compte tenu des obstacles à la création de nouveaux magasins, l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché amont de l'approvisionnement ne pourrait vraisemblablement s'effectuer qu'en s'appuyant sur des magasins indépendants issus des réseaux de distribution existants. Les obstacles juridiques au changement d'enseigne rendent toutefois presque impossible la mise en œuvre d'une telle stratégie d'entrée, comme le démontrent d'ailleurs les stratégies de croissance des opérateurs existants, qui, en dépit de leurs limites, privilégient la création de magasins plutôt que l'affiliation, la franchise ou le rachat de magasins concurrents. A l'inverse, des contrats d'affiliation autorisant une réelle mobilité des magasins indépendants pourraient encourager l'entrée d'un nouvel opérateur.

En outre, les obstacles à l'entrée résultant du verrouillage des contrats d'affiliation et de franchise produisent également leurs effets au niveau des marchés locaux. Comme indiqué précédemment, de nombreuses zones de chalandise affichent un taux de concentration particulièrement élevé, notamment en raison du nombre limité de groupes de distribution présents sur ces zones (plutôt qu'en raison du nombre de magasins effectivement implantés). Une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les enseignes pourrait donc permettre l'entrée de groupes de distribution sur des zones de chalandise où ils ne sont pas encore présents et ce d'autant plus que la densité commerciale sur certaines zones de chalandise est déjà élevée, ce qui rend d'autant plus difficile l'arrivée d'une concurrence extérieure. A l'heure actuelle, toutefois, les obstacles contractuels et capitalistiques à la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes dissuadent la mise en œuvre de telles stratégies : les opérateurs privilégient donc celle, plus coûteuse et plus lente, de la création de magasins.

Enfin, des contrats d'affiliation plus ouverts permettraient également aux magasins indépendants de mettre plus fréquemment en concurrence les groupes de distribution, et ainsi de bénéficier de meilleures prestations de leur part, qu'il s'agisse de prix d'achats plus bas, d'une meilleure qualité de l'approvisionnement ou d'une meilleure communication de l'enseigne. Cette mise en concurrence des groupes de distribution par les magasins indépendants bénéficierait au final au consommateur, qui se verrait rétrocéder une partie des avantages ainsi acquis par les magasins indépendants. Elle permettrait également au consommateur de profiter pleinement de la concurrence qui est susceptible d'exister entre les opérateurs actifs sur le marché national de la grande distribution à dominante alimentaire, souvent plus forte que celle qui peut s'exercer sur des marchés de détail locaux nettement plus concentrés que le marché national. Des contrats d'affiliation plus ouverts sont enfin d'autant plus nécessaires que du fait des obstacles à la création de nouveaux magasins, le nombre et l'importance des nouveaux magasins indépendants susceptibles de rejoindre les groupes de distribution sont trop limités pour les contraindre à rendre leurs conditions d'affiliation plus flexibles.

B. DES PRATIQUES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPRÉHENDÉES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE MAIS AU PRIX DE DÉLAIS ET D'INCERTITUDES IMPORTANTS

En préambule, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'un avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'elle est organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce lui permet de porter une telle appréciation. Dans cette section, il s'agit uniquement d'évoquer de façon non-exhaustive les instruments juridiques dont dispose l'Autorité de la concurrence pour contrôler et, le cas échéant, corriger, les comportements constatés en matière de contrats d'affiliation dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire.

Le droit des concentrations ne peut appréhender les pratiques consistant, pour un groupe de distribution, à prendre le contrôle de ses affiliés par le biais de contrats de distribution ou des prises de participation que dans des circonstances très particulières et sous réserve que les chiffres d'affaires des magasins impliqués respectent les seuils de notification (1). Des procédures contentieuses pourraient également être initiées à l'encontre des groupes de distribution liant leurs magasins indépendants de façon excessive. Ces procédures sont toutefois longues et incertaines. Une solution concertée avec les opérateurs présenterait de ce fait des avantages d'efficacité (2).

1. AU TITRE DU DROIT DES CONCENTRATIONS

Les paragraphes 581 et suivants des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations exposent l'application faite par les autorités de concurrence du droit commun des concentrations aux relations existant au sein de réseaux de distribution. S'il n'est pas exclu que la conclusion d'un contrat de distribution puisse conférer à une tête de réseau une

influence déterminante sur l'activité d'un magasin (a), c'est essentiellement au travers des prises de participations minoritaires que le droit des concentrations a vocation à contrôler l'organisation des réseaux de distribution (b).

a) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par la conclusion d'un contrat de distribution

Les lignes directrices rappellent que la seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L.430-1 du code de commerce que dans des cas très spécifiques. En particulier, les dispositions typiques comprises dans les contrats d'enseigne et de franchise (respect de normes de commercialisation, par exemple) ne donnent pas à la tête de réseau une influence déterminante sur ses franchisés tant que ces derniers continuent de supporter les risques commerciaux inhérents à leur activité (gestion des stocks, politique de prix).

Cependant, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, les contrats de distribution sont susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité de la concurrence peut ainsi juger que des contrats de distribution s'accompagnant d'une cession d'actifs (stocks, locaux, fonds de commerce, participation au capital –cf. le point b *supra*) sont susceptibles de donner à la tête de réseau un contrôle des actifs de son affilié, mais sous réserve qu'il soit possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et que les seuils de notification des concentrations soient atteints. De même, les contrats de distribution limitant l'autonomie des magasins affiliés, tant dans leur politique commerciale que dans leurs possibilités de changer de réseau, peuvent octroyer à la tête de réseau une influence déterminante sur le magasin affilié.

b) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par une prise de participation minoritaire lui conférant une minorité de blocage sur les décisions stratégiques.

L'acquisition d'une participation minoritaire par la tête de réseau peut également, dans certains cas, constituer une opération de concentration, notamment lorsqu'elle s'accompagne d'une modification des statuts de l'entreprise concernée. L'Autorité de la concurrence appréciera dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent. En particulier, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, la tête du réseau de distribution est en mesure d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau et, jointe au contrat de distribution, la participation minoritaire confère alors à la tête de réseau une influence déterminante. Il en ira de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence. A cet égard, les lignes

directrices renvoient notamment aux décisions de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis et n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 ITM/Mikery.

c) Les limites du seul recours au droit des concentrations pour appréhender les dispositifs contractuels liant les magasins indépendants et leurs têtes de réseau

A l'exception des cas où le contrat liant le magasin indépendant à sa tête de réseau s'accompagne d'une prise de participation minoritaire, la requalification de certains contrats d'affiliation en opération de concentration reste rare. Cette requalification est porteuse d'une certaine incertitude juridique préjudiciable aux opérateurs, et notamment aux magasins indépendants, et sa généralisation accroîtrait significativement les coûts des procédures de concentration, tant pour les entreprises que pour l'administration. Plus généralement, le droit des concentrations ne trouve à s'appliquer que dès lors que l'opération – quelle que soit sa forme : participation majoritaire, participation minoritaire entraînant une influence déterminante, contrat entraînant une influence déterminante – respecte les seuils de notification. Pour mémoire, la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a abaissé les seuils de notification des concentrations portant sur les magasins du secteur du commerce de détail, de 150 à 75 millions d'euros pour le seuil « global » et de 50 à 15 millions d'euros pour les seuils individuels. Ce faisant, le contrôle des concentrations a désormais vocation à s'appliquer aux opérations concernant des hypermarchés et des grands supermarchés, mais non à celles concernant le commerce de proximité à dominante alimentaire, ou les supermarchés de taille intermédiaire (jusqu'à 2 000 m² environ). Surtout, les prises de participation réalisées avant l'abaissement des seuils demeurent acquises. Enfin, les prises de participation de certains groupements coopératifs parviennent à échapper au contrôle des concentrations en étant effectuées non par la tête de réseau mais par certains des magasins adhérents au groupement.

2. AU TITRE DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Au terme de cet avis, l'Autorité de la concurrence estime que les caractéristiques des contrats de franchise et d'affiliation identifiées entraînent des effets restrictifs de concurrence sur les différents marchés de la grande distribution à dominante alimentaire. Ces pratiques pourraient donc faire l'objet d'une procédure contentieuse contradictoire, en application de l'art. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (a). Elles pourraient également, sous plusieurs conditions, être poursuivies au titre de la prohibition des abus de dépendance économique (b).

a) En application des dispositions législatives sur les ententes verticales

Aucun des groupes de distribution, considérés comme des fournisseurs de produits via leur centrale d'achat, ne détient une part de marché supérieure à 30 %. De même, aucun des magasins ne représente plus de 30 % des ventes réalisées sur ce marché. Les seuils en-dessous desquels une exemption par

catégorie pourrait être accordée, sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, ne paraissent donc pas être franchis.

En pratique, les effets restrictifs de concurrence des contrats d'affiliation décrits *supra* découlent d'une part de la généralisation des clauses entravant la mobilité des magasins indépendants à l'ensemble du secteur, d'autre part du pouvoir de marché que détiennent, sur certaines zones de chalandise, les magasins ou les groupes de distribution les mettant en oeuvre. Une analyse conduite au niveau des zones de chalandise serait naturellement source de contestations du fait de leur nombre élevé et des incertitudes qui peuvent demeurer quant à leur délimitation en termes de produits et de frontières géographiques. Les difficultés d'une telle voie d'instruction paraissent avoir été implicitement reconnues par la Commission européenne à l'occasion de la publication des nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), qui ne font pas référence aux marchés de détail de la vente ou revente de produits ou de services mais au marché « amont » sur lequel le(s) fournisseur(s) éventuellement mis en cause vend(ent) les produits contractuels à l'acheteur et au marché sur lequel le distributeur achète les produits contractuels.

En revanche, les pratiques constatées pourraient être appréhendées au travers de l'application de la théorie dite des « effets cumulatifs ». Concrètement, l'article 6 du règlement d'exemption habilite en effet la Commission ou un État membre à retirer le bénéfice de l'exemption à des accords verticaux lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par *l'effet cumulatif* de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs concurrents, i.e., lorsque ces restrictions produisent des effets similaires sur le marché et lorsque les opérateurs y recourant couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. En l'espèce, tant les groupements coopératifs que les réseaux intégrés développant la franchise pour certains formats de vente ont mis en place des systèmes contractuels contribuant à préserver leurs réseaux respectifs et à éviter autant que possible la perte de points de vente, si bien que le seuil de 50 % ainsi défini paraît bien être franchi. De la même façon, si les caractéristiques particulières des contrats liant les magasins aux groupes de distribution peuvent différer (durée d'engagement, clauses et droits post-contractuels, présence ou non de droits d'entrée différés, taux d'approvisionnement auprès de la centrale, etc.), elles paraissent néanmoins de nature à produire des effets similaires de barrière à l'entrée sur un marché. Si l'existence d'effets cumulatifs devait, le cas échéant, être démontrée, l'Autorité de la concurrence, au vu de l'article 7 du règlement d'exemption, aurait la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption aux contrats d'affiliation des principaux groupes de distribution alimentaire, ce qui permettrait de qualifier ces accords de pratiques anticoncurrentielles au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE.

Pour autant, d'éventuelles procédures contentieuses entraîneraient des délais importants et une plus grande insécurité juridique pour les opérateurs, compte tenu des voies d'instruction (analyse des parts de marché au niveau des zones de chalandise, évaluation de l'effet cumulatif causé par un ensemble de contrats

similaires) qui pourraient devoir être empruntées. . Dans ces conditions, des voies alternatives d'amélioration de la fluidité des réseaux de distribution paraissent, dans un premier temps, devoir être recherchées. Dans la mesure où, compte tenu du nombre limité de nouveaux magasins susceptibles de faire jouer la concurrence entre têtes de réseau, il n'existe que peu d'incitations pour les groupes de distribution à réduire les effets de verrouillage de leurs dispositifs contractuels et capitalistiques, des propositions de nature législative paraissent être un remède adapté aux dysfonctionnements constatés dans les relations entre groupes de distribution et magasins indépendants.

b) En application des dispositions législatives sur les abus de dépendance économique

Les pratiques constatées pourraient également, le cas échéant, participer à la qualification d'abus de dépendance économique de certains comportements. En effet, dans sa décision SEFAG n° 10-D-08 du 3 mars 2010, l'Autorité de la concurrence a indiqué que la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur peut résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité est de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée (paragraphe 163 de la décision). Au demeurant, s'agissant du cas d'espèce de la décision précitée, l'état de dépendance économique dans les relations entre Carrefour et son réseau de distribution n'a pu être mis en évidence en raison de l'absence d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé à l'égard d'une filiale du groupe Carrefour, et en l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau Carrefour (paragraphe 166 et suivants de la décision).

Ainsi, il apparaît que les pratiques contractuelles et capitalistiques identifiées dans le cadre du présent avis pourraient, le cas échéant, permettre d'établir l'existence d'un état de dépendance économique entre un groupe de distribution et ses affiliés. Toutefois, pour que la qualification d'abus de dépendance puisse être retenue, il conviendrait, après avoir rapporté l'existence d'un état de dépendance économique entre le groupe de distribution et chacun de ses affiliés concernés, démontrer le comportement abusif du groupe de distribution à l'égard de ses affiliés, qui pourrait notamment consister en la mise en oeuvre d'une ou plusieurs pratiques restrictives de concurrence prévues au I de l'article L. 442-6 du code de commerce, et que celui-ci affecte l'état de la concurrence, par exemple s'il se produit sur une zone de chalandise concentrée. La démonstration d'une telle pratique anticoncurrentielle semble, à l'évidence, d'autant moins aisée qu'elle nécessiterait d'appréhender chaque cas de façon particulière. Compte tenu du caractère généralisé des dispositifs contractuels et capitalistiques constatés dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, une telle voie n'apparaît donc guère effective pour remédier aux préoccupations de concurrence décrites dans cet avis.

C. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Plusieurs mesures permettraient d'améliorer la fluidité des réseaux de distribution. Celles-ci visent, d'une part, à permettre aux magasins indépendants de choisir de façon libre et éclairée le groupe de distribution auquel ils décident de s'affilier (1) et, d'autre part, à limiter la durée des engagements souscrits et à faciliter les conditions de sortie du réseau afin d'accroître la mobilité des magasins entre réseaux concurrents (2). Ces recommandations pourraient, dans un premier temps, être mises en oeuvre avec le concours des organismes professionnels du secteur. A défaut pour les opérateurs de suivre les recommandations fournies, l'intervention du législateur pourrait dès lors s'avérer nécessaire (3).

1. LA NÉCESSITÉ DE PERMETTRE AUX MAGASINS INDÉPENDANTS DE FAIRE UN CHOIX LIBRE ET ÉCLAIRÉ DU GROUPE DE DISTRIBUTION AUQUEL ILS DÉCIDENT DE S'AFFILIER

Un magasin indépendant candidat à l'affiliation doit pouvoir comparer les conditions d'affiliation proposées par les différents groupes. Un réseau proposant des durées d'engagement moins longues et/ou des conditions de sortie plus avantageuses pourrait alors être à même d'attirer un plus grand nombre de candidats. Toutefois, les représentants des magasins indépendants auditionnés lors de l'instruction ont à plusieurs reprises souligné que ces derniers mesurent mal les implications de leur engagement et notamment, les conditions de sortie de réseau contraignantes auxquelles ils sont souvent soumis.

Il apparaît donc nécessaire de rendre les conditions d'affiliation plus transparentes afin de permettre aux candidats à l'affiliation d'opérer leurs choix de manière libre et éclairée. A cet égard, il est recommandé aux opérateurs de formaliser l'ensemble des termes de la relation avec l'affilié au sein d'un accord cadre unique (a), de communiquer cet accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers (b) et de renforcer l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation (c). En effet, une fois le groupe de distribution choisi, le candidat à l'affiliation entre en pourparlers avec la tête de réseau, ce qui, sur un plan tant financier qu'humain, réduit la possibilité pour le candidat de revenir ultérieurement sur ses choix quand bien même aucun contrat n'aurait encore été signé.

a) La formalisation de la relation entre le magasin affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique

La multiplication des documents contractuels pour la formalisation d'une seule et même relation contractuelle est source d'opacité et d'insécurité juridique, le risque de clauses contradictoires issues de documents différents étant accru. En conséquence, à l'instar de l'accord commercial unique visant à régir les relations entre le fournisseur et le distributeur prévu à l'article L.441-7 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence recommande aux opérateurs de formaliser les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau au sein d'un

accord cadre unique complété, le cas échéant, d'un ou plusieurs contrats d'application. L'établissement d'un tel document cadre aurait l'avantage de rendre les termes de la relation plus transparents et le cas échéant, de faciliter le travail des autorités de contrôle. En outre, cet accord cadre unique, au sein duquel devraient notamment figurer les dispositions communes aux différents « volets » de la relation telles la clause de durée, les conditions de résiliation, les conditions de résolution des litiges ou encore les clauses attributives de juridiction, limiterait la présence de clauses contradictoires et l'insécurité juridique afférente.

b) La transmission du projet d'accord cadre unique et des contrats d'application doit pouvoir se produire suffisamment en amont des pourparlers

Plusieurs représentants des magasins indépendants ont souligné la longueur du processus d'affiliation à une enseigne. En effet, entre le moment où les premiers contacts se nouent et celui où les parties signent les documents contractuels, s'écoule un certain laps de temps durant lequel les parties évaluent leur motivation et la pertinence de leur projet commun. Notamment, c'est durant cette période que le candidat à l'affiliation cherche des financements et des parrainages. Il arrive également que le candidat à l'affiliation suive pendant cette période des formations dispensées par le groupe de distribution et/ou soit salarié dudit groupe. Lorsqu'arrivent la dernière phase de négociation et celle de la signature du contrat, le candidat à l'affiliation a donc déjà considérablement investi en temps et humainement dans ce projet d'affiliation et est donc peu disposé à contester ou tenter de négocier les conditions d'affiliation qui lui sont alors transmises. En outre, à ce stade, la comparaison des conditions d'affiliation avec celles des groupes concurrents est trop tardive car le candidat ne peut que difficilement renoncer à son projet d'affiliation, sauf à renoncer aux investissements d'ores et déjà fournis et à entamer un nouveau processus d'affiliation, long et fastidieux, auprès d'un autre groupe de distribution. Dans ces conditions, il apparaît donc nécessaire que le candidat à l'affiliation ait communication, le plus en amont possible, du projet d'accord cadre unique et de ses éventuels contrats d'application.

c) Le renforcement de l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation

La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » a introduit une obligation précontractuelle d'information de l'affilié à la charge de la tête de réseau. À cet égard, l'article L. 330-3 du code de commerce dispose que : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Ce document doit notamment mentionner la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités (art. L. 330-3 al.3 et R. 330-1, 6° du code de commerce).

L'Autorité de la concurrence recommande à cet égard aux opérateurs que les informations données concernant la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession ne concernent pas uniquement le contrat de franchise (ou équivalent) au sens strict mais l'intégralité de la relation contractuelle qui, comme on l'a vu, peut être formalisée par divers documents (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, contrat de location-gérance, statuts de la société d'exploitation, pacte d'associés etc.). De plus, il est recommandé aux opérateurs de faire figurer parmi les informations données à ce stade, la présence de clauses restreignant la liberté de l'affilié lors de la rupture ou de l'échéance de la relation contractuelle en ce compris, les éventuels droits de priorité au profit de la tête de réseau, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles, etc.

2. LA DURÉE DES ENGAGEMENTS DOIT ÊTRE LIMITÉE ET LES CONDITIONS DE SORTIE DU RÉSEAU FACILITÉES

Une transparence accrue des conditions d'affiliation proposées par les différents groupes de distribution devrait renforcer la mise en concurrence des réseaux de distribution par les magasins indépendants candidats à l'affiliation. Toutefois, compte tenu de l'importance du parc existant et des difficultés à ouvrir de nouveaux magasins, ces mesures pourraient n'avoir qu'un impact mesuré puisqu'elles ne peuvent produire d'effets que sur les nouveaux magasins indépendants. Il convient donc également de faciliter la mobilité des magasins indépendants d'ores et déjà affiliés à un groupe de distribution en réduisant la durée des engagements souscrits (a) d'une part et en allégeant les conditions de sortie du réseau auxquelles ils sont soumis. Cet allègement doit s'appuyer sur une harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle (b), une interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau (c), un encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles (d), un étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé (e), et un encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés (f).

a) La réduction de la durée des engagements souscrits

L'instruction a permis de mettre en lumière les durées relativement longues de certains contrats conclus entre les affiliés et leurs têtes de réseau, ces dernières pouvant aller de 3 à 30 ans et étant le plus souvent renouvelables de façon tacite pour des durées équivalentes.

Il apparaît également que les durées de contrats relevées sont bien supérieures à celles nécessaires à l'amortissement des investissements spécifiques entrepris par les parties, qui sont en outre peu risqués et pour lesquels le danger de parasitisme est limité.

Sur un secteur caractérisé par des obstacles significatifs à la création de nouveaux magasins, un degré de concentration élevé des marchés de détail, des relations de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés et où le ralliement de magasins indépendants à une enseigne représente pour cette dernière un important facteur de développement, des durées

d'engagement trop longues entraînent des effets restrictifs de concurrence, tant sur le marché amont de l'approvisionnement des magasins que sur le marché aval de la revente de ces biens aux consommateurs. Un raccourcissement de la durée des contrats faciliterait la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes, abaisserait les barrières à l'entrée et renforcerait la concurrence entre les groupes de distribution.

Toutefois, une durée suffisamment longue des engagements souscrits peut également produire une certaine efficacité. Elle peut ainsi permettre à l'affilié de sécuriser les investissements effectués dans des actifs spécifiques à son groupe de distribution même si ceux-ci sont, comme on l'a vu, relativement limités. En outre, elle peut constituer une garantie à l'égard des organismes bancaires qui consentent des prêts aux affiliés nécessaires au montage des magasins. La durée des engagements souscrits par le groupe de distribution ne doit donc pas être trop courte, au risque de priver le candidat à l'affiliation d'un élément de sécurisation de son projet. Comme il a été mentionné *supra* (paragraphe 73), il existe une relation de quasi-exclusivité d'approvisionnement de fait entre les magasins indépendants et les groupes de distribution auxquels ils sont affiliés. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n°330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

En conséquence, l'Autorité demande aux opérateurs de limiter la durée des engagements contractuels souscrits avec leurs magasins affiliés à une durée de cinq ans maximum et de modifier en ce sens les contrats en cours d'exécution. En outre, il convient d'éviter que les parties aient la possibilité de renouveler de façon tacite leur contrat à l'échéance de ce dernier, afin d'inciter les parties à entrer en pourparlers sur les termes d'un éventuel nouveau contrat.

Toutefois, à elle seule, une réduction de la durée des engagements ne suffirait pas à répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par les dispositions contractuelles liant magasins indépendants et groupes de distribution. D'une part, la durée des engagements est fréquemment prolongée par divers dispositifs contractuels qui survivent au terme du contrat principal. D'autre part, une réduction de la durée des engagements risque de léser les magasins indépendants si ceux souhaitant changer de réseau ne sont pas en mesure de pouvoir contracter rapidement avec un autre groupe de distribution à l'échéance de leur contrat d'affiliation.

b) L'harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle

L'instruction a permis de relever que dans certains cas, les différents contrats liant le magasin affilié à sa tête de réseau peuvent ne pas avoir les mêmes durées, ni les mêmes échéances et conditions de résiliation. Outre le fait d'être

générateurs d'une certaine insécurité juridique, ces décalages et divergences entre les différents contrats ont pour effet de prolonger artificiellement la durée des engagements souscrits. L'Autorité de la concurrence demande donc aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs de la relation commerciale, courants et à venir. La conclusion d'un accord cadre unique, tel que préconisé par l'Autorité (cf. *supra* paragraphe 213), devrait également permettre aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation des engagements contractés par les parties dans le futur.

c) L'interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau

La plupart des contrats analysés au cours de l'instruction prévoient un droit de priorité (droit de préférence ou droit de préemption) au profit du groupe de distribution, le plus souvent valable pendant la durée prévue du contrat ainsi que plusieurs années après son arrivée à échéance. Le souhait des groupes de distribution de sécuriser leurs investissements et d'assurer la pérennité de leur réseau n'est pas de nature à justifier la présence de telles clauses dans les contrats.

Ce type de clause organise en outre une asymétrie dans la négociation de la vente du magasin, le groupe de distribution bénéficiaire ayant la garantie de pouvoir conserver le magasin face à d'éventuelles offres concurrentes. Cette asymétrie est susceptible de dissuader les groupes de distribution concurrents de démarcher les magasins indépendants des autres enseignes et de figer ainsi les marchés de détail et le jeu concurrentiel.

Par conséquent, l'Autorité de la concurrence demande aux opérateurs de ne plus insérer dans les contrats de droits de priorité ou dispositifs assimilés au profit de la tête de réseau et de priver de toute exécution ceux afférents aux contrats en cours d'exécution, à tout le moins, dans l'hypothèse où le groupe de distribution n'est pas propriétaire des murs du magasin et ne possède aucune participation financière dans la société d'exploitation. En effet, dans cette perspective, la remise en concurrence de l'enseigne avec d'autres enseignes concurrentes est facilitée par la réelle liberté d'action dont dispose la société d'exploitation pour conclure un nouveau partenariat avec un autre groupe de distribution plus performant. Il est évident que dans l'hypothèse où le groupe de distribution est réellement partenaire du développement du magasin indépendant (prise de participation correspondant à une véritable aide financière du groupe de distribution, possession des murs ou du fonds de commerce), l'existence d'un droit de priorité ou d'un dispositif assimilé paraît justifiée.

d) L'encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

Selon les éléments recueillis durant l'instruction de cet avis, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats conclus entre les groupes de distribution et leurs affiliés peuvent, dans certains cas, être nécessaires à la protection du savoir-faire, à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau mais ne sont pas toujours proportionnées à cet objectif (cf. *supra* paragraphes 142 et suivants). Au regard

des dispositions du Règlement n° 330/2010, il pourrait être envisagé de limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes dans les contrats d'affiliation, à venir ou en cours d'exécution, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause.

e) L'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé

Le droit d'entrée différé permet à l'affilié de ne verser le montant des droits d'entrée qu'à l'échéance du contrat. Si elle permet à l'opérateur indépendant d'alléger ainsi la contrainte financière qui pèserait sur ses comptes durant les premières années de son activité, cette disposition comporte le risque de limiter sa liberté commerciale en le dissuadant de quitter le réseau. Conformément aux préconisations émises sur le site www.pme.gouv.fr, il est donc recommandé que de tels droits différés soient supprimés, y compris dans les contrats en cours d'exécution, et que soit substituée la possibilité d'étaler sur une durée suffisamment courte le paiement du droit d'entrée.

f) L'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés

La plupart des groupes de distribution, tant coopératifs qu'intégrés, prennent de plus en plus fréquemment des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.

Ces prises de participations leur confèrent un pouvoir de contrôle sur la gestion des sociétés d'exploitation de leurs affiliés. En particulier, ils disposent le plus souvent d'un droit de veto leur permettant notamment de s'opposer à tout changement d'enseigne du magasin. En outre, les statuts de ces sociétés d'exploitation ou les pactes d'associés afférents contiennent fréquemment des droits de priorité au profit du groupe de distribution et des clauses de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié. En conséquence, ces prises de participations créent un véritable frein à la mobilité des magasins indépendants entre les différentes enseignes.

Ces prises de participations constituent le plus souvent des opérations de concentration mais, dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils de notification applicables au commerce de détail (L. 430-2-II du code de commerce) ou qu'elles ont été effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie et l'abaissement des seuils de notification appliqués au commerce de détail, elles n'ont pas vocation à être contrôlées par le droit de la concurrence. Pour autant, ces pratiques produisent un effet de verrouillage des magasins et nécessitent donc d'être encadrées. Cet encadrement des prises de participations pourrait notamment consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes d'associés des sociétés d'exploitation. En effet, ces clauses qui confèrent un droit de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin en cause, empêchent le cas échéant l'affilié de changer de réseau à l'arrivée à terme du contrat.

3. LES MODALITÉS DE MISE EN OEUVRE DE CES RECOMMANDATIONS

La mise en œuvre de ces recommandations nécessite une intervention du législateur. C'est en effet par son intermédiaire que pourront être apportées des réponses claires et rapides aux restrictions de concurrence mises en relief lors de l'instruction de cet avis.

CONCLUSION

Au terme de son analyse, l'Autorité de la concurrence juge le niveau de concentration de certaines zones de chalandises excessivement élevé, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Pour ce dernier format, le cas de Paris, où seuls deux groupes de distribution, présents sous de nombreuses enseignes différentes, sont réellement en concurrence, nécessite d'être souligné. Cette concentration des zones de chalandise est d'autant plus préoccupante que le secteur de la grande distribution alimentaire présente d'importantes barrières à l'entrée, résultant, notamment, des réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial.

Dans ce contexte, tout comportement susceptible d'accroître les obstacles à l'entrée renforce la concentration des zones de chalandises, atténue l'intensité de la concurrence entre magasins et dégrade la situation des consommateurs. Il en va ainsi des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de vente de foncier commercial. De même, les dispositifs contractuels ou capitalistiques visant à limiter la mobilité des magasins entre les groupes de distribution empêchent également l'arrivée de nouvelles enseignes sur certaines zones de chalandises ou de nouveaux groupes de distribution sur certains formats. Au final, c'est bien le consommateur qui est lésé par ces comportements, qui renforcent les barrières à l'entrée et atténuent ainsi la concurrence sur les zones de chalandise, et ce d'autant plus que les justifications apportées par les opérateurs apparaissent insuffisantes à justifier l'ampleur des restrictions ainsi mises en place. L'érection de telles barrières à l'entrée paraît d'autant plus dommageable que dans le secteur français de la grande distribution alimentaire, le parc de magasins indépendants est très important et pourrait donc représenter une voie d'entrée viable pour un nouveau concurrent. Plusieurs acteurs du secteur ont d'ailleurs indiqué que l'affiliation à leur réseau de magasins concurrents constituerait un vecteur de leur développement vers des zones géographiques ou des formats de distribution où ils sont encore peu présents, dès lors, toutefois, que seraient levés les dispositifs contractuels et capitalistiques qui entravent actuellement la mobilité des magasins indépendants entre les réseaux.

S'étant saisie d'office pour avis, l'Autorité ne peut, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permettrait de porter une telle appréciation. Les recommandations suivantes, récapitulées de façon synthétique dans le tableau ci-dessous, sont cependant de nature à faciliter l'implantation de nouveaux magasins et la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes. La mise en œuvre de ces recommandations est dans les mains des

opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis, sur l'application duquel l'Autorité de la concurrence exercera sa vigilance. A défaut, une intervention du législateur serait sans aucun doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence.

(...).

