

CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2020

dmainguy@wanadoo.fr
www.daniel-mainguy.fr

Avertissement

Cet ensemble est la base d'un cours, à la fois en Master 1 et en Master 2 Droit privé économique à Montpellier. Il, est régulièrement remis à jour (pas toujours). Ce n'est pas un livre publié ou publiable. Il est d'ailleurs incomplet et inachevé.

Je remercie les éventuels lecteurs pour qu'ils excusent les fautes de frappe ou de typographie, les coquilles, et erreurs diverses, pour cette raison.

Il est complété par un ensemble de documents ; là encore souffrant des mêmes défauts.

Il est évident cependant que je revendique un droit d'auteur sur l'ensemble et que je n'autorise pas sa diffusion, autre que pour un usage personnel.

Je vous souhaite une bonne lecture.

D. Mainguy

QUATRIEME PARTIE

LES ACCORDS PAR REGROUPEMENT : LE DROIT DE LA GRANDE DISTRIBUTION

200 Origines de la « grande distribution ». Sur le constat qu'il est bénéfique, pour un commerçant, de vendre beaucoup, il est tout aussi essentiel de bien acheter.

A travers ces deux contraintes, apparaissent les deux éléments déterminant l'activité commerciale intermédiaire, consistant à acheter pour revendre, le commerce donc, et récemment, son évolution à travers l'apparition de la « grande distribution », avant-dernier avatar du commerce avant l'apparition des plateformes numériques.

Le premier élément de cette évolution a reposé, et repose toujours, sur l'augmentation des volumes des ventes d'un commerçant, apparus avec les « grands magasins », bien au-delà des foires du Moyen-âge, au milieu du XIXème siècle, Le Bon marché, puis Le Printemps ⁽¹⁾.

L'autre moyen de parvenir à ce résultat consiste à développer des succursales de vente ou de recourir à une « force de vente », internalisée avec des salariés ou externalisée avec des mandataires, voire des revendeurs indépendants.

Par la suite se sont développées des initiatives plus « idéologiques » comme les sociétés coopératives de consommation, ou de commerçants détaillants qui ont prospéré dans le but, dans un cas d'acheter en masse pour bénéficier de économies réalisées aux sociétaires, et que les sites Internet modernes d'achats groupés reprennent à leur compte, et dans le second pour revendre en masse.

¹Cf. L. Bernard, Les sociétés coopératives de commerçants détaillants, Th. Paris, 1975.

Très vite, cette exigence se double du second élément, la volonté d'acquiescer moins cher, beaucoup et beaucoup moins cher.

L'une des difficultés tenait au fait que les producteurs, les fabricants, les grossistes contrôlaient le marché, à travers les tarifs de gros proposés, auxquels n'avaient pas accès les détaillants. De la sorte, les tarifs proposés par les producteurs, non ou peu négociables, supposaient des achats par des grossistes, qui proposaient ensuite des tarifs à des semi-grossistes ou des détaillants qui, ensuite, vendaient aux consommateurs, le tout juridiquement verrouillé par des clauses de prix minimum imposés.

L'objectif des regroupements de détaillants était d'accéder directement aux tarifs de gros et ainsi d'économiser sur l'ensemble des frais et des marges réalisées par les autres intermédiaires, sans supporter les clauses de prix minimum de revente imposés.

Le magasin Piggly Wiggly fut le premier à ouvrir un magasin en « libre service », en 1916 à Memphis, puis le premier supermarché fut inauguré en 1930.

En France, le groupe Prisunic fut fondé sur ce modèle en 1935 et Edouard Leclerc, en 1949 à Landernau, lancèrent des magasins, après l'enseigne Aldi en 1948 en Allemagne, sur le concept de « discompte » visant à attirer la clientèle par la prise en compte des remises dans les prix de revente. Le premier « hypermarché » à l'enseigne Carrefour, à Sainte-Geneviève-des-Bois ouvrit en 1963 en France.

L'« aventure » de ces premières expériences était rendue cependant complexe par le fait que les producteurs disposaient, alors, de la possibilité de refuser de vendre : l'outil du refus de vente était ainsi le mécanisme permettant de bloquer l'expansion de la grande distribution jusqu'à ce que celui-ci devienne interdit, et pénalement sanctionné, rendant inefficace le principal outil de défense des producteurs ⁽²⁾.

Dès lors l'économie de la grande distribution pouvait se développer à l'instigation des équipementiers comme les vendeurs de caisses enregistreuses, les fabricants de « Caddie », mais également des économistes qui développaient les formations à la vente moderne ⁽³⁾, précipitant les nouvelles expériences, M. Fournier et Carrefour en 1962, P.-L. Halley et Continent, A. Essel et la FNAC, A. Mulliez et Auchan, A. Guichard et Casino, etc. dessinant un nouveau paysage commercial aux abords des villes et de nouveaux combats entre les opérateurs de la grande

2 Un premier décret, en 1963 était cependant annulé (CE 18 juin 1958, D. 1958, p. 656, Concl. Tricot, jusqu'à un nouveau décret en 1958, intégré à l'ordonnance du 30 juin 1945 (art. 37-1, a). Il s'accompagnait de l'interdiction de pratiquer des prix minimum imposés de revente (art. 37-4).

3 E. Thil, *Les inventeurs du commerce moderne, des grands magasins aux bédés requins*, Jouven, 1966, *D'Edouard Leclerc aux supermarchés*, Arthaud, 1964, Ch. Lhermie, *Carrefour ou l'invention de l'hypermarché*, Vuibert, 2^e éd., 2003.

distribution et les producteurs ⁽⁴⁾, de sorte que pour ces derniers la seule alternative à la grande distribution consistait à développer des réseaux de distribution, de franchise, de concession ou de distribution sélective, de manière à opposer un refus de vente justifié, ou plus exactement, à justifier, aux opérateurs de la grande distribution.

Mais c'est surtout dans les années 1970 et 1980 que ce concept s'est développé de manière intense.

Aujourd'hui, ce développement a atteint un point considérable dans le secteur de la distribution, sur la base d'un mouvement qui, des premiers « groupements d'achats », faits de détaillants ou de grossistes regroupés pour atteindre les tarifs de gros des producteurs puis profiter de la puissance d'achat pour négocier les prix, sont devenues les quelques grandes enseignes de la distribution demeurant aujourd'hui.

Encore aurait-on tort de considérer que les méthodes et les outils de la grande distribution sont réservés à la distribution alimentaire.

Bien au contraire, ce sont des techniques qui sont utilisées dans la distribution de produits spécialisés, des jouets, aux articles de sport, de bricolage, de jardin, et vêtements, etc., y compris à l'attention des professionnels (Metro, Promocash, Pomona, etc.) mais également comme technique d'organisation des achats de groupes plus réduits, dans le but de réaliser des économies dans les achats. Un réseau de distribution de produits par exemple organisé sous forme de franchise et qui ne produirait pas ces produits gagne à disposer d'une filiale organisée sous la forme d'une centrale d'achats, pour l'acquisition des produits vendus, mais encore des équipements, du mobilier, etc.

Ordinairement, on distingue, dans la grande distribution tout au moins, les surfaces de distributions spécialisées (meubles, électroménager, livres, etc.) et des spécialisées dites aussi « généralistes » ou « alimentaires » lesquelles véhiculent en général l'image populaire de la grande distribution.

De même en est-il des « formats » de vente : on distingue les superettes, les supermarchés, les hypermarchés et le « hard discount.

4 Comp. Paris, 24 nov. 1969, Carrefour c. Nivea, JCP 1970, II, 16512, note G. Paisant, à propos des prix trop bas reproché au distributeur, assimilables à une revente à perte : « attendu que Carrefour s'est organisée de manière à ne prélever au passage, le plus souvent possible, que la remise qui lui est accordée par les différents producteurs sur le prix de vente au détaillant, soit 12% dans bien des cas, 3% pour le cas de Nivea. Mais considérant que si les grossistes traditionnels et les petits et moyens commerçants, qui ne sont au procès, ni les uns ni les autres, souffrent sans doute de méthodes commerciales mises au point dans l'intérêt de Fournier et de Carrefour certes, mais aussi du consommateur, il n'en résulte pas que Nivea et Sovedis puissent prétendre pour leur part à des dommages et intérêts ni, d'une manière plus générale, que le problème social en effet posé par la disparition progressive de certaines structures sous la poussée des faits et de l'évolution économique puisse trouver sa solution dans l'accueil d'une telle demande ».

Certaines enseignes disposent de tous les formats, d'autres de certaines seulement, d'autres contrôlent des enseignes dans le secteur de la distribution spécialisée et dans la distribution déspecialisée. Encore, une distinction peut s'effectuer entre les enseignes qui diffusent les produits via des commerçants, quel que soit le format, indépendants (ils sont propriétaires de leur fond de commerce) ou au contraire, sous la forme de succursale (l'enseigne est propriétaire des fonds de commerce), de franchise, de gérance, etc.

Certaines structures sont des sociétés commerciales, d'autres des coopératives, pourquoi pas des associations, notamment dans le commerce solidaire ; certaines concernent quelques distributeurs seulement tandis que d'autres brassent des fortunes colossales.

C'est dire que, loin de l'uniformité apparente, la diversité règne au contraire, au gré des intérêts des promoteurs de ces groupements. Les services susceptibles d'être rendus varient considérablement, du moderne référencement, au simple achat-revente, de la mise en commun de service, au stockage, au paiement, à la garantie de paiement, etc.

En outre, si l'image du groupement à l'achat vient rapidement à l'esprit, les groupements de vente se rencontrent également, ou bien encore des regroupements de consommateurs, par exemple sur internet.

Etonnamment cependant, et alors que les plaintes contre ces formules, notamment contre la grande distribution déspecialisée, se multiplie depuis sa création, le législateur ne lui a pas consacré de disposition notable.

Le législateur est intervenu pour assurer la protection du commerce traditionnel, en 1973 notamment, pour encadrer la construction de grandes surfaces, ou bien en 1981 pour imposer le prix du livre, ou encore pour modifier la législation sur les sociétés coopératives, mais point directement pour réglementer l'activité ou les contrats de la grande distribution. Un projet de loi fut pourtant élaboré en 2011, adopté par l'Assemblée nationale puis par le sénat, à la suite d'un avis rendu par l'Autorité de la concurrence le 7 décembre 2010 ⁽⁵⁾ à *propos des contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de*

5 ADLC, 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. Sélinky.

foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, et finalement abandonné pour devenir les articles L. 341-1 et 2 du Code de commerce dans un Titre à la désignation ronflante « Des réseaux de distribution », issus de la loi « macron » du 4 août 2015.

Tout juste existait-il un arrêté du 5 novembre 1946 qui tentait de définir la « centrale d'achat »⁽⁶⁾, annulé ensuite par le Conseil d'Etat⁽⁷⁾.

201 Ce sont ici, essentiellement les accords et techniques ceux intéressants les regroupements à l'achat que nous envisagerons, les accords de regroupement à la vente se présentant de manière plus ordinaire.

202 Diversité et objectifs des types de regroupements. Il serait inexact de prétendre pouvoir livrer une liste et une description des types de regroupements dans la mesure où les intérêts entre leurs fondateurs peuvent être très différents, pour un premier ensemble de raisons, et ensuite parce que l'ensemble se fonde sur des logiques juridiques de liberté, liberté contractuelle, liberté d'entreprendre, liberté dans les choix d'organisation sociétales, etc., de sorte que, si un certain nombre de constantes apparaissent, liées à des contraintes, légales ou judiciaires, des différences résultant de l'histoire des groupements demeurent de manière essentielle.

203 Vocabulaire ; Les regroupements en vue de réaliser des achats ont surtout pour objectifs de permettre à des entreprises, des distributeurs par exemple, c'est-à-dire des revendeurs, d'obtenir des conditions d'achat les plus favorables possibles, plus avantageuses que celles qu'ils auraient pu obtenir s'ils s'étaient présentés isolément dans la relation d'achat avec le ou les fournisseurs. Ce type de propos justifie un certain nombre de précisions sémantiques. Jusqu'alors en effet, trois groupes d'intérêts s'organisaient : les « producteurs » ou « fournisseurs », les « distributeurs » ensuite, puis les « utilisateurs finaux » ou consommateurs. Dans le secteur de la grande distribution, la notion de « distributeur » est-elle distribuée : d'un côté l'entité qui assure l'organisation des achats, disons la centrale d'achat pour résumer, et d'un autre côté, les « points de vente », hypermarchés ou supermarchés par exemple. Or ces deux masses sont parfois confondues, lorsque la centrale

6 Arr. 5 nov. 1946, JCP 1946, III, 11571 : « la centrale d'achats est un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus, sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée ».

7 CEn 30 avr. 1948, D. 1948, p. 410, note Cl. Lefas, JCP 1948, II, 4401, note J. Hémard.

d'achat est propriétaire, directement ou indirectement des fonds de commerce ou des sociétés qui les exploitent, ou au contraire parfaitement distinguées, y compris du point de vue de leurs intérêts respectifs, lorsque les points de vente sont la propriété de commerçants « indépendants » en relation contractuelle, parfois contractuelle et sociétaire, avec la centrale d'achat. Dans un cas on parle de « commerce intégré » dans l'autre de « commerce associé », ces deux appellations, pédagogiques, étant elles-mêmes sujettes à de nombreuses sous-distinctions.

204 Ce faisant, l'entité qui assure le regroupement à l'achat, quelle que soit la technique utilisée, entre en négociation avec le(s) fournisseur(s) pour obtenir ces conditions avantageuses, en termes de prix notamment, ou de services rendus, que ce soit de manière directe, par des techniques de remises ou de ristournes, obligatoires en droit français, mais également en vue de réaliser des économies, s'agissant de la centralisation de la facturation, ou du paiement, des livraisons, du stockage, etc.

L'objectif peut être tout simplement d'acheter *moins cher*, et réaliser des économies, mais aussi et peut-être surtout, dans un contexte de concurrence entre les groupes de distribution, d'acheter *moins cher que les autres*, s'en vanter et le faire savoir, dans une logique de marketing et de publicité.

205 Plan. L'attention peut être portée plus spécifiquement sur les structures des regroupements à l'achat (Chapitre 1) et sur les contrats des regroupements à l'achat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. – LES STRUCTURES DES REGROUPEMENTS A L'ACHAT

206 Tous types de structures sont techniquement possibles, que ce soit en premier l'achat indivis, les sociétés en participation, les techniques d'achat en gros en commun, l'achat en commun d'une chose, avion, bateau, immeuble, et exploité ensemble, mais quelques formules de regroupements sont plus spécifiquement utilisées dans le secteur de la grande distribution.

1. Les groupements d'achat

207 **Groupement d'achat.** Le plus ancien, ou le plus rustique, des modes de regroupements repose sur la structure dite du groupement d'achat⁽⁸⁾, qui est aussi sans doute la forme la plus ordinaire.

Dans ce type de structure, les fondateurs, les associés de la société qui assurera la fonction de grouper les achats de ses membres, s'organisent sous la forme d'une société commerciale pour acheter en nombre *à leur profit*, de sorte que les tiers, non associés, n'ont pas accès aux services du groupement. Très souvent également, la société ainsi constituée dispose d'une enseigne commune pour revendre et promouvoir les produits. Cela suppose alors que la structure dispose des moyens de les réserver aux seuls associés. Le contraire serait l'organisation, distincte, de la centrale d'achats qui réalise ses activités à des contractants.

Le groupement d'achat réserve ainsi ses activités aux seuls associés de la structure et s'organise par une structure particulière organisée, en général autour de statuts et d'un Règlement intérieur. Chaque associé est alors tout à la fois associé d'une société, selon la conception classique du droit des sociétés, et « adhérent » ou « affilié » d'une structure, qui peut être, ou non, une société coopérative.

2. les coopératives de distribution

208 **Coopératives de distribution.** L'une des structures adaptées à cette technique est, sans doute, la société coopérative, aussi surprenant que cela puisse paraître eu égard à l'image que peut véhiculer ce type de

8 Cf. R. Fabre, E. Massin, et L. Sermon, Regroupements à l'achat, Structures juridiques, J.Class. Contrats-distribution, Fasc. 1120.

société.

Renouvelée en 1947 avec le statut de la coopération (cf. C. com., art. L. 231-1 s., C. com. art. L. 124-1 s.). Ainsi, les articles L. 124-1 et suivants du Code de commerce permettaient, avant la loi du 11 juillet 1972, aux sociétés coopératives d'effectuer simplement des activités d'achat en commun et, depuis 1972 (loi encore modifiée par la loi Doubin du 31 décembre 1989 et par la loi « NRE » du 15 mai 2001) leur permet de se constituer sous toutes les formes de sociétés commerciales et d'effectuer d'autres activités comme celle d'assistance commerciale ou de promotion. Surtout l'ensemble a été considérablement revu avec la loi de l'Economie sociale et solidaire (ESS) du 26 juillet 2014.

L'intérêt de la formule tient à la nature du capital, qui est d'être variable, en ce sens que le capital dépend de l'entrée ou de la sortie des associés coopérateurs, et non d'une décision collective des associés par voie d'augmentation ou de réduction de capital.

En outre, l'esprit de la coopération se signale par certains traits particuliers qui reposent sur le statut de la coopération tel qu'il a été posé en 1947⁽⁹⁾.

Ainsi la coopérative est fondée sur le principe de l'égalité des coopérateurs : « un homme une voix » (L. 10 sept. 1947, art. 4 et 9). Peu importe alors la part prise dans le capital, ou la date d'entrée dans le capital, chaque coopérateur compte de la même manière dans les décisions.

La coopérative est également fondée sur un principe d'exclusivité (L. 10 sept. 1947, art. 3), en sorte que la coopérative doit réserver son activité aux coopérateurs et ne peut engager de relation avec des tiers. Seules sont exceptées les sociétés coopératives de consommation qui peuvent vendre à des tiers (L. 7 mai 1917, art. 2, C. rur. Art. 522-5).

La coopérative est également régie par un principe dit de « libre accès » ou de la « porte ouverte » qui signifie que tout coopérateur peut entrer et au contraire sortir de la coopérative. Toute personne peut devenir coopérateur, pour autant qu'elle satisfasse, bien entendu aux conditions nécessaires, lesquelles sont en général définies par les statuts et le Règlement intérieur, non sans quelques difficultés lorsque les conditions sont trop strictes ou trop subjectives, par exemple par des clauses d'« *intuitus personae* » trop ardues.

Ainsi on admet que la coopérative soit gouvernée par un *intuitu personae* voulant que ne peuvent entrer que des personnes qui partagent l'esprit de la coopération et d'exclure les autres, sous la réserve, cependant de l'abus dans le rejet d'un candidat ou du caractère anticoncurrentiel de la clause⁽¹⁰⁾.

9 R. Saint-Alary, *Eléments distinctifs de la société coopérative*, RTD com. 1952, p. 486.

10 A. Larue, « La confrontation entre les règles du droit sur les sociétés et du droit de la concurrence », JCP, éd. E., Cah. Dr. entr. 2000, n°5, p. 7; C. Masquefa, « Fidélité et

De même tout coopérateur peut sortir de la coopérative à condition bien entendu de respecter les conditions posées par les statuts, lesquels posent d'ailleurs de grandes difficultés en droit de la concurrence (cf. infra). Ainsi, il ne faudrait pas que le retrait d'un coopérateur mette en péril le groupement et des préavis sont souvent prévus, de l'ordre d'une année.

D'ailleurs le retrait brutal pourrait aboutir à justifier le paiement de pénalités, souvent prévue dans les statuts, qui ont, au moins, valeur contractuelle ⁽¹¹⁾. L'intérêt de ces formules est, outre le fait de faciliter l'entrée ou la sortie d'un membre, de permettre l'exclusion d'un adhérent qui ne respecterait pas les statuts ou le Règlement intérieur, ce qui était le problème cardinal du droit des sociétés, avant l'arrivée en droit français des SAS, et même depuis. Il suffit en effet qu'un adhérent ne respecte pas la convention par laquelle il exploite l'enseigne ou doit revendre les produits, et donc subisse la résiliation anticipée de ce contrat, et que les statuts ou le Règlement intérieur prévoit que, pour être adhérent, il faut être dans ces liens contractuels, pour qu'il puisse être automatiquement exclu de la société coopérative.

Dans tous les cas, l'entrée ou la sortie vérifie le principe de variabilité du capital, en ce sens qu'ils s'opèrent sans que les procédures relatives aux augmentations ou de réduction de capital doivent être respectées. Comme contrepartie, les cessions de titres sont, en principe libres, ne serait-ce que parce que le droit des sociétés l'impose, mais sous un certain nombre de réserves, posées dans les statuts, sous la forme d'un agrément des autres associés, ce qui, bien construit peut consister de puissantes contraintes pour la sortie d'un coopérateur (dans le but, pour le coopérateur propriétaire d'un point de vente, d'en rejoindre une autre, plus rentable par exemple).

De manière corollaire au principe d'égalité, les « bénéfiques » de la coopérative sont traités comme des « excédents de gestion » répartis au prorata de leur activité, et non de leur part, et sous la forme d'une « ristourne ».

Enfin, les coopérateurs ne sont pas tout à fait des associés, en sorte que la dissolution volontaire d'une coopérative n'aboutit pas à la répartition d'un boni de liquidation mais est affecté à d'autres coopératives ou à des œuvres sociales ou solidaires (C. com., art. L. 124-

groupements de la grande distribution. Bref éclairage » : Cah. dr. entr. 2000, n° 5, p. 11 ; M. Cammas, « Les supports juridiques des relations entre les coopératives de commerçants détaillants et leurs adhérents », JCP, éd. E., Cah.dr. entr. 1980, n°3, p. 4.

11 Cass. civ. 1ère., 15 juill. 1999, n° 97-13303, Cass. civ. 1ère, 22 oct. 1996, n° 94-12910 : Bull. civ. 1996, I, n° 366. V. cependant pour une modification postérieure à l'entrée de l'adhérent : Cass. 1re civ., 4 avr. 1995, n° 93-13772, Bull. civ. 1995, I, n° 162 ; Bull. Joly Sociétés 1995, § 264, p. 768, note G. Gourlay, Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-17.020 : Bull. civ. 2000, IV, n° 35. Adde : C. Masquefa, Fidélité et groupements de la grande distribution. Bref éclairage : Cah. dr. entr. 2000, n° 5, p. 11.

14).

La forme sociale choisie pour la coopérative importe peu, sauf pour quelques types de sociétés.

Ainsi les sociétés coopératives de commerçants détaillants doivent retenir la forme d'une société anonyme à capital variable (C. com., art. L. 124-3), ce qui est, du point de vue du droit des sociétés, une forme extrêmement originale pour une SA puisque le capital variable est en général interdit à ce type de société. La technique de la variabilité du capital permet ainsi au contraire de déroger à cette règle, pour autant que la variabilité soit associée au choix d'une société coopérative.

Pour le reste, peu importe la forme retenue par l'introduction d'une clause de variabilité du capital, y compris dans une société civile, dans la mesure où la coopérative n'a pas pour objet de réaliser une spéculation et des bénéfices et qu'elle travaille exclusivement pour ses membres.

Dans une telle société coopérative, les relations entre la société et ses adhérents, entre les adhérents entre eux sont généralement établies dans un règlement intérieur, de manière à séparer, formellement, les relations relevant du statut d'associé, dans les statuts, de celles d'adhérents de la coopérative, du groupement d'achats.

Les relations sont en toute hypothèse fondées sur l'*affectio societatis* qui anime les membres-adhérents, dans la mesure où le groupement d'achat est celui par lequel les relations entre le groupement et les adhérents est purement sociétaire. Bien entendu, rien dans l'appellation « groupement d'achat » ne prédispose à ce constat, sinon par convention et pour envisager des relations autres que sociétaires entre les adhérents et les membres.

En général, cet *affectio societatis* partagé est défini par le règlement intérieur sur la base de quelques critères comme la spécialité professionnelle de l'activité du candidat, sa solvabilité, son volume d'affaires éventuellement, voire le territoire d'exercice. De même, les procédures d'adhésion sont définies sous le contrôle des règles du droit de la concurrence (cf. infra). Inversement, les techniques de sortie d'un membre, démission, suspension ou exclusion sont souvent prévues, sous certaines réserves d'ailleurs, notamment lorsqu'il s'agit de limiter la sortie des adhérents ⁽¹²⁾.

Ce fonctionnement ne rebute pas les entreprises de la grande distribution, bien au contraire : c'est le cas, par exemple de l'enseigne Leclerc, intégralement organisée selon cette formule, que ce soit sous la forme d'une société anonyme ou d'une autre forme sociale.

3. Les centrales d'achat et les centrales de référencement

12 Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, n°97-10944 (clause d'agrément de 50 ans).

209 Centrales d'achats et de référencement. Les centrales d'achats, puis les centrales de référencement, sont des entreprises dont l'objet est de négocier, au profit de distributeurs, détaillants ou grossistes, des conditions d'achat plus avantageuses que celles qu'ils auraient obtenues sans le recours à cette centrale.

De ce seul point de vue, il n'y a guère de différence avec les groupements d'achats, à ceci près que les relations entre les centrales d'achats et les distributeurs ne sont pas organisées par une relation d'adhérent-associé, dans laquelle il est nécessaire d'être associé pour bénéficier des services du groupement, mais par une relation de nature contractuelle, indépendante donc de la qualité d'associé, sur la base d'un contrat, dit « *contrat d'affiliation* ».

Les centrales d'achats sont souvent des déclinaisons de groupements d'achat qui auraient grossis, ou le développement de structures d'achats de distributeurs ou de groupes de distribution, qui ont pris une importance telle qu'elles ont pu devenir indépendantes de ces groupes qui en sont à l'origine, proposant leurs services à des distributeurs totalement étrangers, éventuellement à des concurrents, en plus que du groupe originel, certaines d'entre eux s'étant d'ailleurs organisés de manière intégrée.

C'est en ce sens que les centrales d'achat sont devenues les synonymes de l'idée de puissance d'achat, permettant ainsi d'obtenir des conditions encore plus avantageuses des fournisseurs.

C'est cette puissance d'achat qui permet à la centrale d'achats de se situer au centre d'un nœud de relations entre, d'une part, les points de vente (intégrés ou indépendants) à l'enseigne de la centrale ou sous une enseigne concurrente, et d'autre part les fournisseurs, impliqués dans une relation négociée, contraignante, sous la forme d'un *contrat de référencement*.

En pratique, la distinction entre centrale d'achats et centrale de référencement est assez difficile à cerner ⁽¹³⁾ : on considère en général que la centrale d'achats joue un rôle dans l'opération d'achat-vente ; elle centralise les achats via un contrat de mandat ou de commission à l'achat en étant, ou non, garant des paiements tandis que la centrale de référencement ne joue aucun rôle dans cette opération. Elle se contente de référencer les fournisseurs et négocier les prix et de mettre en relation les fournisseurs et acheteurs, jouant le rôle d'un courtier ⁽¹⁴⁾.

210 Centrales d'achats et « supercentrales » : la puissance

13 Cass. com., 23 oct. 1990, n°88-13468, JCP, E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck.

14 Cf. Déc. Cons. Conc., n°03-D-39, 4 sept. 2003, Plus International. V. F. Delbarre et C. Lavabre, Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement, D. 1985, Chr. P. 165, Centrales et supercentrales, JCP, éd. E, Cah. Dr. Entr. 1985, n°4, p. 1.

d'achat. Un arrêté du 5 novembre 1946 avait défini la centrale d'achat : *« la centrale d'achats est un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus, sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée ».*

Un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 30 janvier 1974 ⁽¹⁵⁾ avait ajouté qu'une centrale d'achats se borne à exécuter les commandes de ses adhérents pour les faire bénéficier de conditions plus avantageuses que celles consenties au commerce indépendant ; la centrale d'achats agit vis-à-vis des fournisseurs comme commissionnaire et ne devient à aucun moment propriétaire des marchandises, qu'elle n'achète pas en vue de les revendre avec bénéfices. L'intérêt de ces définitions était de différencier les « centrales d'achats » des entités, telles les groupements d'achats, qui achètent et revendent.

Peu importe l'élément de distinction, il est toujours actuel : il existe des centrales d'achat qui s'interposent entre le fournisseur et le l'acheteur, qu'elle qu'en soit la forme, des centrales de référencement et des groupements d'achats qui achètent pour revendre.

Elles assument alors les risques de l'achat, à savoir la gestion des stocks, les paiements, et des ventes, les livraisons, la garantie, les encaissements, etc. En revanche, l'avantage est que la centrale fixe alors, librement, ses prix de vente aux distributeurs.

L'expérience récente a illustré la constitution de « supercentrales » d'achats, structures se surajoutant, sans s'y substituer, à des centrales d'achat, regroupées pour accroître encore leur puissance d'achat. Les « supercentrales d'achat apparaissent ainsi comme des centrales de centrales.

L'analyse faite en termes de droit de la concurrence, au milieu des années 1980 ⁽¹⁶⁾ considérait que les supercentrales ne sont pas en elles-mêmes illicites, mais qu'elles peuvent fausser la concurrence en usant de la seule menace du déréférencement pour obtenir des remises inconditionnelles ou imposer la globalisation artificielle des commandes de leurs membres.

Régulièrement, sur fonds de concurrence entre les grandes enseignes, mais peut-être aussi du fait de la concurrence des plateformes numériques, des « supercentrales », ou leurs avatars réapparaissent, comme dernièrement, un « partenariat » entre les enseignes Auchan et Super U ou Intermarché et Casino, ou encore Provera (qui rassemble les enseignes Cora, Match, Truffaud) et Carrefour, de sorte que ces trois

15 T. corr. Paris, 30 janv. 1974, RTD com. 1975, p. 185, obs. P. Bouzat. Adde : M. Soria, Les centrales d'achats, Th. 1962, St. Retterer, Centrales et regroupement d'achat et de référencement, Rep. Com. Dalloz, 2008.

16 Avis, Comm. Conc. 30 oct. 1986, Rec. Lamy, n°269, note V. Sélinsky.

« partenariats » et Leclerc représentent la quasi-totalité du marché de l’approvisionnement de la grande distribution. Là se situe la question de la puissance d’achat.

Celle-ci, traditionnellement, n’était considérée comme nocive pour la concurrence, en tant qu’elle aboutissait à contrebalancer la « puissance de vente » des offreurs¹⁷, ce jusqu’à un certain point cependant, celui, précisément, où la puissance de vente des offreurs cède à celle des acheteurs¹⁸.

Or les outils juridiques sont, jusqu’à présent, peu efficaces. En termes de droit des concentrations, la faveur à la puissance d’achat a largement permis de valider les regroupements à la fois en droit de l’UE¹⁹ et en droit interne, y compris pour les regroupements récents qui ne constituent pas, techniquement, des concentrations.

Du point de vue des pratiques anticoncurrentielles, une entente horizontale, et un effet anticoncurrentiel associé, peuvent être identifiés pour stigmatiser un partenariat dont l’objet ou l’effet serait celui d’un boycott ou d’un partage de marché²⁰, mais en dehors de ces circonstances, et outre le fait que la qualification d’entente n’est pas aisée, aucun effet anticoncurrentiel n’apparaît²¹, sachant que, du point de vue vertical, l’exemption serait acquise, faute pour aucun groupe d’atteindre le seuil de 30% du marché.

En revanche, en droit français de la concurrence, l’outil, introduit en 1986, assurant la sanction de l’abus de dépendance économique, sur lequel il a été beaucoup disserté, finalement en vain. L’article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce, tel que modifié par la loi de 2001 dispose que : « en outre prohibée, dès lors qu’elle est susceptible d’affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l’exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d’entreprises de l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l’article L. 442-6 ou en accords de gamme ». Très attendu, le texte a finalement été appliqué avec des contraintes trop importantes, notamment en termes de considération de « l’état de dépendance économique » associé à une situation d’absence de solution équivalente, et de recherche d’effet

¹⁷ Comp. J. K. Galbraith, *The concept of countervailing power*, 1952, Transaction publ. 1993.

¹⁸ Cf. 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*, CCC 2015, n°202, obs. M. Malurie-Vignal, *Concurrences*, n°3-2015, p. 97, obs. N. Ereseo.

¹⁹ Cf. Déc. Comm. UE, 25 nov. 1998, aff. IV/M. 1225, CCC 2000, n°29, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

²⁰ Déc. Cons. Conc. N°99-D-01, 13 déc. 1994.

²¹ Cf. Déc. Cons. conc.n° 06-D-62, 10 nov. 2005, CCC 2006, n°7, obs. M. Malaurie-Vignal.

anticoncurrentiel, notamment dans le cadre de l'affaire *Cora* dite aussi de la « corbeille de la mariée »²². La loi NRE de 2001 avait modifié le texte originel, pour supprimer l'exigence légale d'absence de solution équivalente, finalement reprise en jurisprudence²³ emportant l'échec du mécanisme, malgré quelques rares applications efficaces²⁴.

L'avis de l'ADLC du 31 mars 2015 avait proposé un assouplissement de ces règles²⁵ emportant une proposition de loi en 2016²⁶ visant à limiter les critères à deux, le risque que ferait poser la rupture de relations commerciales sur le maintien de l'activité et l'absence de solution de remplacement susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, finalement abandonnée, au profit d'une nouvelle proposition, en 2018, sans plus de succès.

En revanche, l'article L. 462-10 du Code de commerce impose une obligation d'information à l'attention de l'ADLC : « *I.-Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins quatre mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des*

²²V. Cons. conc., déc. n° 93-D-21, 8 juin 1993, *Groupe Cora : Contrats, conc. consom.* 1993, n° 153, obs. L. Vogel, confirmée par Paris, 25 mai 1994 : *Contrats, conc. consom.* 1994, n° 119, obs. L. Vogel, et sur pourvoi (rejet) Cass. com., 10 déc. 1996, n° 94-16.192 : *Bull. civ.* 1996, IV, n° 310 ; *RJDA* 1997, n° 530. Adde L. Vogel, *L'abus de puissance d'achat : du contrôle direct au contrôle indirect : D. affaires* 1999, 1464, L. Vogel, *Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaidoyer pour un changement : JCP E* 1997, I, 713.

²³ Cons. conc., déc. n° 01-D-49, 31 août 2001, *SA Concurrence c/ Sté Sony : Rec. ADCC Lamy*, n° 862, comm. M.-E. André, Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14.529 : *Bull. civ.* 2004, IV ; *D.* 2004, p. 874, obs. E. Chevrier, p. 1661, note Y. Picod ; *JCP E* 2004, 1247, note M. Chagny : « la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante, voire exclusive, de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique ». Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-21.948 : *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 99, obs. G. Decocq. Cons. conc., déc. n° 05-D-05, 18 févr. 2005, *SARL Les Oliviers*.

²⁴ Cons. conc., déc. n° 87-MC-03, 25 mars 1987, *SEDA/JVC : Rec. ADCC Lamy*, n° 361, obs. C. Robin. Cons. conc., déc. 24 janv. 1989, *Nice Matin : Rec. ADCC Lamy*, n° 345, obs. V. Sélinsky : vendeur de listes utilisant la publicité par voie de presse dépendant du journal disposant d'une position dominante dans sa région où il touche environ la moitié des foyers. Cons. conc., déc. n° 89-D-16, 2 mai 1989, *Chaptal SA Mercedes-Benz : Rec. ADCC Lamy*, n° 361, obs. C. Robin. Cons. conc., déc. n° 91-D-51, 19 nov. 1991, *Programmes de télévision : Rec. ADCC Lamy*, n° 469, obs. A. Pirovano, Déc. Cons. conc., n°96-D-44, 18 juin 1996 *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité*, n°04-D-26 du 30 juin 2004 *relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne*, n°04-D-44 du 15 septembre 2004 *relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films*.

²⁵ Cf. L. et J. Vogel, « Est-il opportun d'assouplir l'abus de dépendance économique ? », *AJCA*, 2016, p. 260, J.-Ch. Roda, « Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », *D.* 2016, p. 1304.

²⁶ J.-Ch. Roda, « La proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique », *Concurrence*, n°3-2016, p. 99.

entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs ». L'objectif est de permettre un contrôle de ces « accords visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement : « II.-Un bilan concurrentiel de la mise en œuvre d'un accord défini au premier alinéa du I est effectué par l'Autorité de la concurrence (...). Afin de réaliser le bilan concurrentiel, l'Autorité de la concurrence examine si cet accord, tel qu'il a été mis en œuvre, est de nature à porter une atteinte sensible à la concurrence au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2. A cette occasion, elle apprécie si l'accord apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser d'éventuelles atteintes à la concurrence, en prenant en compte son impact tant pour les producteurs, les transformateurs et les distributeurs que pour les consommateurs. Si des atteintes à la concurrence telles que mentionnées au troisième alinéa du présent II ou des effets anticoncurrentiels ont été identifiés, les parties à l'accord s'engagent à prendre des mesures visant à y remédier dans un délai fixé par l'Autorité de la concurrence. L'Autorité de la concurrence peut également se saisir d'office en application du III de l'article L. 462-5 ou être saisie par le ministre chargé de l'économie en application du I du même article L. 462-5 ».

CHAPITRE 2 LES CONTRATS DU REGROUPEMENT A L'ACHAT

Section 1. Les contrats de l'adhérent avec la centrale d'achats

211 Achat et revente. Il n'existe pas de modèle imposé en matière de relations de regroupement et de technique utilisée par les « centrales », quelle qu'elles soient, ni même de la technique choisie pour la structure, selon qu'il s'agit d'une logique contractuelle ou sociétaire, ou encore de la taille, mini centrale réalisée pour un petit réseau de franchise ou maxi centrale de référencement, éventuellement internationale.

La première pour la centrale de ces relations, entre la centrale et les adhérents, peut ainsi emprunter à la technique élémentaire de la succession de ventes : le groupement achète à des fournisseurs et revend aux adhérents.

L'inconvénient pour la centrale est alors d'assumer la charge des obligations d'un acheteur, paiement du prix, transfert de propriété et charge du risque. Le groupement doit donc assumer toutes les fonctions d'un acheteur, la gestion de l'écoulement des marchandises, par une convention d'approvisionnement exclusif avec l'adhérent, en plus du contrat d'affiliation. En pratique, un contrat d'affiliation est ainsi conclu entre le groupement et l'adhérent, qui comprend toutes les exigences contractuelles d'un savoir-faire, les conditions de présentation du point de vente, etc. auquel est ajouté un contrat d'approvisionnement exclusif, ou d'approvisionnement prioritaire. Très souvent également, ces contrats sont de durée différente et considérés, par une clause de divisibilité, comme des contrats divisibles entre eux, ce que la jurisprudence tend, cependant, à contrarier⁽²⁷⁾.

L'avantage de pouvoir *revendre* et donc de ne pas supporter une exigence de transparence quant à ses prix d'achat. 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. Le groupement se présente donc comme un commerçant ordinaire qui réalise une *marge bénéficiaire* qui se présente comme un acheteur unique et peut

27 Cass. com., 12 juill. 201, n°10-22930 > **document J20**.

donc représenter un fort pouvoir d'achat. Il doit alors assumer, à l'égard de son propre acheteur, des obligations de vendeur professionnel, éditer et communiquer des conditions générales de vente et, de manière plus générale, respecter les obligations posées en termes de transparence tarifaire des articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce.

212 Contrat de commission. La relation entre la centrale et les distributeurs peut également être organisée sur le fondement d'un contrat de commission, afin d'assurer une certaine homogénéité des relations entre la centrale et les affiliés, respectant les règles ordinaires du contrat de commission (C. com., art. L. 132-1) ⁽²⁸⁾. Le groupement se présente alors comme un commissionnaire à l'achat, le point de vente étant le commettant, à l'égard des tiers, identifiés comme les fournisseurs. Le groupement agit, en outre, en son nom et pour le compte des commettants distributeurs : c'est en cela que l'opération assure une forme de regroupement à l'achat, comme si la centrale achetait pour elle-même. En revanche, précisément, elle n'achète pas pour elle-même, mais pour le compte des commettants qui deviennent donc propriétaires des marchandises : la centrale n'assume ni les obligations d'un acheteur à l'endroit des fournisseurs, ni celles d'un vendeur à l'égard des adhérents.

Ces contrats de commission sont conclus en général pour de longues durées de manière à rationaliser les opérations de la centrale.

Les *obligations du commissionnaire* sont celles traditionnellement associées à ce contrat : obligation d'exécution de la mission, obligation de reddition des comptes, interdiction de se porter contrepartiste, obligation de du croire et obligation d'information.

L'obligation d'exécution semble supposer que le commettant est le « maître » de l'opération dont le commissionnaire serait l'exécutant. En pratique, il n'en est rien. Pour les commettants distributeurs en effet, l'intérêt du contrat et du passage par la centrale d'achats repose sur les capacités de sélection des produits qui seront acquis par les distributeurs, ses capacités de négociation, de gestion : c'est bien la centrale qui est le « maître » de l'opération. En outre la centrale peut se substituer un tiers, par exemple une « supercentrale ». Il résulte donc de cette construction que, jusqu'à une certaine mesure, les approvisionnements et assortiments du magasin des distributeurs sont réalisés par la centrale : c'est elle qui, comme commissionnaire, réalise le processus d'achat sur la base d'un « plan d'assortiment » qui détermine la liste des produits à acheter et d'un « plan d'achat » qui établit les quantités à acquérir. Sur cette base, des bons de commandes sont adressés aux distributeurs commettants, contenant toutes les informations récapitulant l'état de la négociation réalisée par la centrale. L'adresse des bons de commande par les

28 Cf. M.-P. Dumont, L'opération de commission, Litec, 2000.

distributeurs commettants constituent alors les ordres d'achat.

Cette obligation peut avoir pour corolaire une obligation de conservation, de réception et de livraison, notamment lorsque la centrale ne prévoit pas que les marchandises doivent être livrées chez les distributeurs commettants. Dans ce cas, la proximité avec les fonctions d'un acheteur sont plus grandes : chargé de réceptionner des marchandises, il assume une obligation de vérification de la conformité de celles-ci ⁽²⁹⁾. Il reste que le commissionnaire n'est pas le propriétaire, c'est le commettant, qui peut d'ailleurs, en cas de redressement judiciaire du groupement, tenter de revendre les marchandises (C. com., art. L. 624-16).

L'obligation de reddition des comptes entraîne pour conséquence que le commissionnaire doit rendre compte de la mission de commission et notamment restituer au commettant tout ce qu'il lui revient, à savoir les réductions de prix consenties par le fournisseur. L'enjeu est important, au regard des logiques des règles posées en matière de transparence tarifaire, mais surtout en termes d'abus de confiance.

L'interdiction de se porter contrepartiste repose sur la logique de l'opération de commission et ne pose pas de difficulté particulière. En pratique, les groupements disposent également de points de distribution et il résulte de cette interdiction qu'un tel groupement constitue une société filiale qui agit comme un commettant.

L'obligation de ducroire découle naturellement de l'opération, à l'inverse de l'hypothèse inverse, de commission à la vente où la clause de ducroire garantit le commettant vendeur du risque de non-paiement par le tiers. Dans l'opération de commission à l'achat, c'est le commissionnaire qui est chargé de payer le tiers fournisseur puisqu'il agit en son nom propre. Toutefois la difficulté se pose en termes de responsabilité financière au cas où le distributeur commettant, la centrale ou un fournisseur deviennent insolubles. Ainsi, le fait que la centrale commande en tant que commissionnaire et centralise les commandes conduit à s'interroger sur l'obligation de payer reposant sur les commettants en cas de faillite de plusieurs centrales dans les années 1980-1990 ⁽³⁰⁾. Si en revanche c'est le distributeur qui est insolvable, le commissionnaire est tenu du paiement au fournisseur ⁽³¹⁾, quand bien même les livraisons étaient réalisées directement chez le distributeur commettant, « révélant » ainsi au tiers la réalité du commettant.

Les *obligations du commettant* ne posent pas de difficulté : obligation de paiement du prix de la chose que le commissionnaire a avancé, remboursement des frais et avances (C. civ., art. 1999 et 2000) étant entendu que le commissionnaire est garanti contre le risque

29 Dans le cas contraire, Cf. Paris, 30 janv. 1974, LPA 1974, n°39, p. 14.

30 T. com. Paris, 25 sept. 1985, LD 1986/2.

31 Lyon, 6 déc. 1985, LD 1986/2.

d'insolvabilité du commettant, par un privilège sur la valeur des marchandises (C. com., art. L. 132-2) et par la reconnaissance d'un droit de rétention sur les marchandises ⁽³²⁾. En outre, les fournisseurs assurent le paiement d'un certain nombre de réductions de prix et avantages pécuniaires accordés par les fournisseurs, sous la forme de remises, ristournes et rémunération de prestations de services, la garantie de paiement, de solvabilité, la centralisation des commandes, des livraisons, etc. C'est d'ailleurs le principal objectif de la centralisation des commandes. Simple commissionnaire, la centrale n'est alors, en principe, pas créancière de ces sommes, qui sont dues aux commettants, sauf précisions particulières.

213 Contrat de mandat et mandat de référencer. Dans d'autres circonstances, et notamment lorsque la centrale agit comme un référencier, le groupement peut agir comme un mandataire, c'est-à-dire de manière transparente, au nom et pour le compte des distributeurs mandants.

On pourrait même considérer que cette technique est la technique de « droit commun » des relations entre groupement et adhérents, dans la mesure où on peut considérer que, en l'absence de précision particulière, c'est celle qui doit être retenue, sur le fondement de l'article 1984 du Code civil.

On retrouve alors les obligations du mandat, sans aucune originalité, obligation d'exécution, de reddition des comptes, pour le mandataire, obligation de paiement et de remboursement des frais et avances pour le mandant avec, cependant, la question de la rupture du contrat par le mandant, alors que le contrat pourrait être considéré comme un mandat d'intérêt commun.

La technique ne devient original qu'en tant qu'elle impose, comme mission principale à la charge du mandataire, celle de sélectionner les fournisseurs, et de négocier les prix des ventes qui seront conclues, ce qui a été considéré comme déterminant d'activité de *référencier*. C'est la technique la plus souple, pas nécessairement la plus rentable pour un regroupement, au regard de l'hypothèse de l'activité d'achat-vente, mais permet une gestion souple d'un nombre considérable de fournisseurs référencés et d'opérations commerciales.

Le référencier réalise alors plusieurs opérations. Il est d'abord chargé de sélectionner les fournisseurs référencer, ou à référencer, et d'en dresser une liste. Cette liste est fournie aux distributeurs et c'est sur cette liste que ces derniers choisiront les vendeurs. Il est ensuite chargé de négocier les offres proposées par les fournisseurs référencés, étant entendu que ces offres de vente sont adressées aux distributeurs, puisque

32 Cass. com., 20 mai 1997, JCP, éd. G, 1997, I, 4054, n°10, obs. M. Cabrillac, JCP, éd. E. 1998, p. 221, n°6, obs. Ph. Delebecque, D. 1998, p. 479, note F. Kenderian.

ce sont ces derniers qui seront les acheteurs (avec ou sans mandat d'acheter à la centrale) et que la centrale regroupe alors l'ensemble de ses offres pour assurer cette négociation⁽³³⁾.

La convention permet alors de prévoir l'ensemble des relations établies entre les parties les flux financiers, voire des prestations. Ainsi les flux financiers sont, en principe, transparents : la centrale assure ainsi le rôle de centralisation des paiements, parfois avance le paiement aux fournisseurs. Inversement, toutes les réductions de prix sont dues aux adhérents. Toutefois la rémunération de la centrale s'effectue soit par le paiement de « cotisations », soit par la rémunération de prestations de services centralisées, la facturation, la centralisation des paiements, celle des réductions de prix, la publicité, l'organisation de promotions, etc. En pratique, la centrale établit un compte avec ses adhérents dans lesquels se compensent ainsi les sommes qui sont dues entre les parties⁽³⁴⁾. En outre, la centralisation des paiements, associée aux délais de paiement accordés par les fournisseurs génère des flux de trésorerie considérables pour la centrale qui réalise, ce faisant, souvent d'importants produits financiers dont elle profite, seule.

214 Contrat d'affiliation. 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, même si un projet de loi en 2011 proposait de qualifier et décrire ce contrat³⁵.

La convention d'affiliation⁽³⁶⁾ est ainsi une convention au titre et au contenu variable³⁷, qui permet simplement de profiter de la puissance d'achat de la centrale et d'ajouter d'ailleurs à celle-ci.

33 Cf. Versailles, 16 déc. 1987 in M.-E. André, Oui le contrat de référencement existe, JCP, E, 1988, cah. Dr. entr. 1988, n°2, p. 27 ; Cass. com. 20 mai 2003, n°00-14239 >**document J21**.

34 Comp. Cass. com. 18 févr. 2003, n°00-13369.

³⁵ le projet d'article L. 340-1, I, du Code de commerce envisageait de définir le contrat d'affiliation, dans le domaine de la distribution alimentaire, comme « *un contrat, conclu entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitre V et VI du titre II du Livre er, 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 alimentaire de détail au sens de l'article L. 340-2. Conclue en sus de tout autre contrat pouvant exister par ailleurs entre les parties, elle comprend des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant* ». Elle aurait en outre été conçue comme une convention cadre.

36 C. Raja, « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », RTDciv. 2014, p. 1, M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Litec, 1991, sp. n°120 s.

³⁷ Comp. pour un exemple A. Khayat-Tissier, « Contrat d'adhésion à une centrale d'achat », JCP E 2013, 1154.

Le contrat d'affiliation se distingue alors de la relation permettant à l'affilié de négocier les contrats de référencement en tant qu'ils impliquent une relation beaucoup plus lourde avec la centrale.

Certains contrats sont désignés comme des « contrats d'enseigne » dont la proximité avec un contrat de franchise est assez grande, parfois associés à des contrats d'approvisionnement, exclusif ou prioritaire³⁸ selon le cas, des contrats relatifs aux prix et aux réductions de prix, aux actions commerciales à mener, etc., des accords de paiement d'un d'entrée différé (au jour de la sortie du réseau, et calculé en fonction du chiffre d'affaires réalisé à ce moment, ce qui pourrait constituer un moyen de rendre difficile cette sortie³⁹), etc.

L'affilié de ce groupement peut, en effet, être un affilié simple, qui profite de l'exécution de la relation entretenue avec le groupement ou, et *a priori* aucune logique juridique n'impose un lien plus intense.

Il peut s'agir d'entretenir une relation plus profonde en ce sens qu'il entend également profiter d'autres éléments, plus structurants avec le groupement, et notamment la mise à disposition de signes distinctifs, voire une licence de marque, un transfert de savoir-faire, etc.

Bien souvent d'ailleurs, le modèle d'adhésion à un groupement implique 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 intense avec ces distributeurs, dont les logiques d'exclusivité invitent à la considération des articles L. 330-1 et 3 du Code de commerce.

Ce contrat, longtemps confidentiel, a été placé sous les feux de l'actualité juridique à travers un avis de l'ADLC du 7 décembre 2010⁽⁴⁰⁾ puis par un projet de loi qui prévoyait, sur la base des conclusions proposées par l'avis de 2010, de réglementer les contrats d'affiliations.

³⁸ Cass. com. 16 sept. 2014, n°13-18710, Concurrences, n°4-2014, p. 150, obs. N. Eréseo.

³⁹ Avis ADLC, 7 déc. 2010, n°10-A-26, pt. 139.

⁴⁰ ADLC, 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. Sélinky.

On isole, en effet, dans les conventions d'affiliation, plusieurs logiques selon que l'affilié est un contractant ordinaire, un tiers, indépendant, possédant un point de vente qui conclut un contrat d'affiliation comme il aurait pu conclure un contrat de franchise par ailleurs, ou un contractant particulier, dans le cadre notamment d'une relation plus structurelle avec la centrale. En pratique, cela regroupe les hypothèses dites du « commerce intégré » et du « commerce associé » ou « coopératif ».

Ainsi trouve-t-on des obligations d'achat exclusif, ou quasi-exclusif, laissant au distributeur une marge de liberté pour l'acquisition de produits locaux par exemple, des transferts de savoir-faire, la mise à disposition d'une marque, de signes distinctifs, etc. : le contrat d'affiliation notamment dans le cadre de la distribution alimentaire est parfaitement assimilable à un contrat de franchise. Certaines enseignes de la grande distribution concluent d'ailleurs des contrats de franchise expressément désignés comme tels.

Dans cette escalade, le contrat d'affiliation implique le respect du savoir-faire, de la politique commerciale du groupement, et donc, au final, une « discipline », identique à celle imposée à un franchisé : la même enseigne, la même politique de vente, les mêmes services, et donc l'interdiction d'adhérer à un groupement concurrent, qui rendent alors le groupement encore plus compétitif, et donc plus aptes à recevoir des avantages des fournisseurs⁴¹.

En contrepoint, d'ailleurs, de l'avis du 7 décembre 2010 et du projet de loi Lefebvre, on peut discerner un certain nombre de difficultés particulières. L'avis de 2010 avait plus spécifiquement stigmatisé plusieurs clauses, pratiques ou mécanismes comme susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels que le projet de loi de 2011 avait relayés.

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* »⁽⁴²⁾ : la convention d'affiliation primerait donc les stipulations des contrats déjà conclus par les parties, ainsi que le contenu des contrats qu'elles seraient amenées à conclure dans le cadre de la relation dont elle se trouve à l'origine et par exemple de dispositions statutaires ou de conventions annexes. De même le projet d'article L. 340-1, II du Code de commerce envisageait que « *les stipulations applicables du fait de l'affiliation y sont regroupées selon les rubriques définies par un décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence* ».

⁴¹ Cf. Cass. com. 6 déc. 2005, D. 2006, p. 512, obs. D. Ferrier.

⁴² C. com. Proj. Art. L. 340-1, I, art. L. 340-6.

Il en résultait un projet imposant un contrat écrit et obligatoire pour le commerce alimentaire (Proj. Art. L. 340-2) sous la forme d'un « document unique » avec une remise du projet deux mois avant sa signature « à peine de nullité » ce qui, si on fait le parallèle avec les dispositions de la loi Doubin, laisse penser que ces contrats sont à l'origine de certains déséquilibres contractuels.

De même la durée de ces contrats peut poser difficulté, ce qu'avait noté l'avis du 7 décembre 2010 : « *la durée longue des contrats et leur reconduction constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution* »⁽⁴³⁾ : le projet prévoyait d'ailleurs une limitation de cette durée, à six ans et l'aménagement du préavis en cas de non renouvellement.

Enfin, le projet projetait de limiter les clauses compromissaires et l'organisation d'un droit d'entrée. En pratique en effet, des clauses compromissaires sont souvent prévues pour régler les litiges nés de ces contrats ; la multiplication des conventions, au lieu d'une convention unique aboutit alors à multiplier les litiges et les enchérir. La question pourrait donc se poser de savoir si c'est le jeu des clauses compromissaires qui pose difficulté ou la multiplication des contrats. En outre, le droit d'entrée versé par l'affilié est en pratique souvent reporté à la sortie du contrat et parfois prévu de manière proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé pendant le contrat : l'exigence, en fin de contrat, du droit d'entrée peut alors constituer un frein particulier à la circulation du contrat⁽⁴⁴⁾.

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. Cette dernière question est en effet, dans l'avis du 7 décembre 2010, comme dans la jurisprudence, une difficulté cardinale de ces relations⁽⁴⁵⁾. Des clauses de préemptions, de préférence ou de promesse de vente, parfois combinées, sont très souvent stipulées au profit des autres associés de celle-ci, qui peuvent être la centrale elle-même ou des personnes physiques ou morales exploitants d'autres sociétés adhérentes de la centrale. L'objectif est alors évident, il s'agit pour les bénéficiaires de ces droits de tenter de préserver le point de vente à céder dans le giron de la centrale. Certains auteurs évoquent à ce propos la notion de « franchise participative », qui est voisine de celle de « commerce

43 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc.

44 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc, n°139-141.

45 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.

associé « selon la formule propre au droit de la grande distribution pour évoquer la situation d'un réseau de franchise dans lequel le franchiseur participe, de manière forte ou faible, au capital des sociétés franchisées ⁽⁴⁶⁾.

Or ces clauses, contractuelles ou statutaires, ne sauraient faire obstacle au principe de libre négociation des titres sociaux : ils ne sauraient empêcher le propriétaire des titres de la société exploitant le point de vente de les céder, quand bien même les parties se seraient pas d'accord sur le prix. En ce cas, le recours à un tiers expert, sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil s'impose, à condition cependant que l'expert désigné soit parfaitement libre de déterminer le prix ⁽⁴⁷⁾ et non contraint par des techniques d'évaluation fixée dans la clause le désignant ⁽⁴⁸⁾.

De manière plus générale d'ailleurs, les points de vente des distributeurs sont l'enjeu d'une concurrence particulière entre les enseignes de la grande distribution, incitant ce faisant ces dernières à muscler parfois de manière forte les conditions de sortie, soit par voie de résiliation, de non renouvellement ou de cession du point de vente par des pénalités ou la perte du droit à percevoir des ristournes ⁽⁴⁹⁾ ou de paiement du droit d'entrée reporté à la fin du contrat. L'ensemble pourrait alors conditionner l'appréciation de la validité du montage contractuel et sociétaire, par exemple au regard des règles du droit de la concurrence ⁽⁵⁰⁾.

46 B. Dondero, L'instrumentalisation du droit des sociétés, la franchise participative, JCP, éd. E, 2012, 1671.

47 Cf. Cass. civ. 1ère, 2 déc. 1997, Bull. civ. I, n°334.

48 Cf. Cass. Com. 19 déc. 2006, n°05-10198, 05-10199, 03-21042 > **document n°J23**. V. aussi 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 stipulations 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 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* ».

49 Cass. com. 22 févr. 2000, *Abissirah*, Bull. Civ. IV, n°35.

50 Cass. com. 30 mai 2012, n°11-18024, JCP, éd. E, 2012, 1641, note B. Dondero, JCP, éd. E, 2013, obs. D. Mainguy « *Attendu que pour dire n'y avoir lieu à prononcer la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser [lequel imposait que la décision de résiliation du contrat d'affiliation fût prise avec l'accord de la centrale], 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 anticoncurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il rentient encore* ».

Ainsi les conclusions de l'avis du 7 décembre 2010 ⁽⁵¹⁾ permettaient de tenir de ses recommandations, à savoir, la conclusion d'une convention unique, éventuellement assortie de contrats d'application, la communication préalable du projet de contrat, avant sa conclusion et le renforcement de l'obligation d'information précontractuelle au candidat affilié, la limitation de la durée du contrat à cinq ans et l'harmonisation des durées et effets du contrat, l'élimination des droits de priorité au profit d'un groupe de distribution, la limitation des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat ou dans les statuts des sociétés communes à une durée de une année, l'étalement du paiement des droits d'entrée à la place des clauses de paiement différé, l'encadrement des prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés exploitants un point de vente affilié. Dans tous ces points, certains imposent très certainement une intervention législative, tandis que d'autres pourraient être simplement mis en œuvre par le juge, sans trop de difficulté, à la condition cependant d'observer, au cas par cas, la réunion des éléments de nature à vérifier l'existence d'un effet anticoncurrentiel. Or, par hypothèse, les litiges individuels rendent très difficile une telle appréciation, générale, ramenée à un cas isolé ⁽⁵²⁾.

Au final, la loi Macron de 2015 a résumé l'ensemble à deux articles, les articles L. 341-1 et 2 du Code de commerce.

L'article L. 341-1 dispose que *« 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*

qu'en réalité, la société Lioser et M. C. 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 comte 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 à privé sa décision de base légale (...) ».

51 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc, n°162 s.

52 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 ».*

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 ». C'est donc essentiellement d'une forme d'indivisibilité légale dont traite l'article L. 341-1 du Code de commerce, en sorte que la résiliation de l'un des contrats vaut pour les autres.

Les contrats visés, ceux qui doivent prévoir une « *échéance commune* » sont ceux déterminés, de manière un peu complexe qui ne correspond en rien à un ensemble qui pourrait décrire l'entière des « *réseaux de distribution commerciale* » mais simplement les réseaux de distribution commerciale *alimentaire*.

La sanction est maigre, dans un premier temps : ces contrats doivent avoir une échéance commune et, ajoute l'alinéa 2 de l'article L. 341-1, I, la résiliation de l'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats visés par l'alinéa 1^{er}. Cette deuxième sanction fonde la logique d'indivisibilité légale par un mécanisme de contagion de résiliations. C'est un peu curieux dans la mesure où la notion de « résiliation », bien maîtrisée par les spécialistes de droit des contrats est globalement ignorée du Code civil qui lui préfère la formule de la résolution, éventuellement « unilatérale », au sens de « non judiciaire », avec ou sans clause, solution reprise dans la réforme du droit des contrats (art. 1217, 1226). On peut penser que si un des contrats devait prendre fin, quelle qu'en soit la cause, annulation, caducité, arrivée du terme, résiliation, résolution conventionnelle, résolution judiciaire, les autres contrats seraient résiliés, automatiquement. Cela semble logique, mais prépare quelques beaux débats judiciaires avant de parvenir à cette interprétation, à supposer qu'elle soit retenue.

Une difficulté cependant s'agissant des hypothèses de *maintien d'effets* et d'obligations nés avec le contrat et qui se prolongent après la fin d'un contrat ou de *création* d'effets déclenchés par cette fin. En effet, très souvent des mécanismes de confidentialité ou encore la famille des « clauses de préemption » composée des clauses de préférence, de promesse ou de préemption, voient leurs effets se poursuivre après le contrat. D'autres, comme les clauses de concurrence, et ses dérivées, naissent avec la fin d'un contrat pour une durée plus ou moins déterminée. Doit-on considérer que l'« échéance commune » de l'article L.341-1 affecte tous les éléments de ces contrats, y compris ces mécanismes conventionnels ou que c'est le contrat lui-même, support objectif de ces mécanismes qui est visé, point ses éventuels contenus à durée propre ?

La réponse repose sur le contenu de l'article L. 341-2, II. En effet, l'article L. 341-2 prohibe un certain nombre de clauses dont sont exceptées les clauses qui, bien qu'elles restreignent la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant, concernent « *les biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I* », entendons la famille des clauses de non-concurrence post-contractuelles (C. com., art. L. 341-2, II, 1°), qui sont « *limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I* », pour autant qu'elles soient « *indispensables à la protection du savoir faire substantiel, spécifique et secret dans le cadre du contrat mentionné au I* » et que « *leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'une des contrats mentionnés à l'article L. 341-1* ». On peut penser que ces deux dernières réserves, empruntées au vocabulaire du Règlement d'exemption par catégorie n°330-2010, sont cumulatives entre elles, mais également avec les deux autres alinéas, ce qui aurait pour objet de limiter la portée utile des articles L. 341-1 et 2 aux contrats de franchises, d'enseigne, de partenariat, d'affiliation, etc.

Une deuxième disposition intéresse certaines clauses, celles, précédemment visées, qui ont « *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* » et qui sont réputées non écrites, sauf si « *elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I* » et si « *elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I* » et encore si « *elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I* » et enfin si « *Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.* ». L'ensemble suppose que l'on soit en mesure de déterminer quel type de clauses sont ainsi visées par cette formule. Si la famille des clauses de non concurrence et de ses dérivées ne posent pas trop de difficulté, la question de savoir si les clauses de préférence, de promesse ou de préemption, telles que les avaient stigmatisées l'avis de l'autorité de la concurrence de 2010 reste en revanche posée. Ces clauses ont pour objectif de réserver à l'enseigne la possibilité d'acquérir le fonds de commerce ou les titres de la société exploitant le point de vente. Souvent insérées dans les statuts de la société exploitante, alors que la société titulaire de l'enseigne ou un tiers exploitant également un point de vente en est associé, elles figurent également dans les contrats de franchise, d'enseigne ou d'adhésion, selon les déterminations retenues par les parties. A ce dernier titre, elles peuvent être visées par l'article L. 341-2, à condition toutefois que ces clauses soient effectivement de

nature à « *restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant* ». Or ces clauses ont pour objet, *a priori*, de faire obstacle à ce qu'un point de vente passe, sans contrôle, à la concurrence, souvent d'ailleurs afin de valider la « philosophie » d'un groupe espérant assurer la circulation des points de vente d'une enseigne entre des membres sélectionnés et à un prix qui ne soit pas trop élevé. Si ces clauses ont peut-être un objet *patrimonial*, il n'en reste pas moins que leur validité concurrentielle reste lourdement sujette à caution dans la mesure où ces clauses, ajoutées à la complexité et la multiplicité des rapports contractuels et sociétaires (donc à moitié réglée par l'article L. 341-1 du seul point de vue contractuel) ont sinon pour objet du moins pour effet de faire obstacle ou de rendre plus difficile le passage d'un enseigne à l'autre. De ce point de vue, la considération de ces clauses avec le standard de l'article L. 341-2, *restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant*, est assez voisine des discussions qui existaient entre les clauses de non concurrence et les clauses de non-réaffiliation il y a une dizaine d'années : ces dernières n'empêchent pas d'exercer une activité concurrente, elles interdisent une activité concurrente sous une enseigne concurrente, alors même que bien des activités ne sont possibles que sous enseigne de portée large et qu'il s'agit de restreindre une activité concurrente, quelle que soit la modalité d'exercice de cette activité. S'agissant des « clauses de préemption », il est clair qu'elles ne font pas obstacle à l'exercice d'une activité *sous l'enseigne du contractant*, mais elles peuvent être considérées, selon les cas, comme rendant plus difficile l'exercice d'une activité, *sous une autre enseigne*.

Section 2. – Les contrats du fournisseur avec la centrale d'achat : le contrat de référencement

215 Contrat de référencement. Le référencement est l'opération par laquelle la centrale de référencement sélectionne et négocie les offres d'un fournisseur. Ce qui peut paraître comme relativement unilatéral, le fournisseur apparaissant neutre dans l'opération, est souvent synallagmatique : le fournisseur trouve là l'opportunité d'avoir accès à tous les points de vente affiliés de la centrale⁵³.

Parce qu'originale, l'opération a été analysée de plusieurs manières pour expliquer le fait que le référencement allie le fournisseur à la centrale tandis que les ventes s'effectuent directement entre le fournisseur et les adhérents.

Ainsi, au départ, certains y ont décelé une application du mécanisme

⁵³ Cf. D. Ferrier, « la centrale de référencement, serviteur ou maître ? », *AJContrats*, 2018, p. 16.

de la stipulation pour autrui⁽⁵⁴⁾ où le groupement interviendrait comme stipulant, les fournisseurs comme promettant et les adhérents en qualité de tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui. Le stipulant pourrait alors exiger du promettant l'exécution des obligations contractées au profit des adhérents.

D'autres y ont vu une promesse unilatérale de vente consentie par les fournisseurs⁽⁵⁵⁾, mais la plupart considèrent que le contrat de référencement est une application de l'opération de courtage.

La centrale est le courtier qui s'entremet dans la relation entre le fournisseur et l'adhérent-affilié. Cette analyse est celle qui est aujourd'hui retenue par la jurisprudence⁽⁵⁶⁾.

En effet, dans une opération de référencement, en tant que celle-ci se distingue des autres opérations, la centrale n'intervient pas comme acheteur, ni pour elle-même ni pour le compte des affiliés : elle se contente de mettre en relation les fournisseurs qu'elle a par ailleurs référencés et les adhérents, négocie les conditions des ventes à intervenir au mieux des intérêts des adhérents, mais son intervention ne dépasse pas cette mission.

Elle ne garantit pas le paiement, elle ne commande pas, n'exécute pas les ventes. Les ventes de marchandises sont directement conclues et exécutées entre les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés. La centrale n'intervient dans ces ventes ni au nom, ni pour le compte d'autrui, ni en son nom personnel, comme mandataire ou comme commissionnaire⁽⁵⁷⁾.

Le contrat doit sans doute être écrit, intégré dans la convention unique de l'article L. 441-3 du Code de commerce.

216 Obligations du référenceur. En tant que référenceur, le groupement n'assume que des obligations ténues. Pourtant, la question se pose fréquemment de l'alourdissement de ces obligations, notamment en cas d'impayés par les adhérents de la centrale des marchandises vendues. C'est dans ce cadre que la nature du contrat de référencement s'est posée pour retenir celle de courtier et, ce faisant, l'absence de garantie de paiement au profit du fournisseur⁽⁵⁸⁾, sauf si une clause particulière l'organisait. Par conséquent, le fournisseur ne peut compenser les

54 D.-R. Martin, La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994, Chr. P. 145, M. Béhar-Touchais, obs. in RLC 2005/2, n°137.

55 L. Bernard, Les sociétés de coopératives de commerçants détaillants, Th. Paris II, 1975.

56 Cass. com. 6 déc. 1988, n°86-17310, Cass. com. 17 mars 2004, n°01-10103, CCC 2004, n°91, obs. L. Leveneur, JCP éd. E, 2004, 752, obs. D. Mainguy.

57 Comp. Cass. com. 22 mars 1994, n°92-11087.

58 Cass. com. 23 oct. 1990, n°88-13468, JCP, éd. E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck, Cass. com. 16 janv. 1990, n°88-11541, Cass. com. 28 mai 1991, n°88-19359, RTD civ. 1992, p. 86, obs. J. Mestre.

sommes dues par les adhérents avec les ristournes ou sommes dues à la centrale ⁽⁵⁹⁾. De même, la centrale ne commet pas de faute en ne renseignant pas le fournisseur sur la solvabilité des affiliés, là encore sauf clause contraire ⁽⁶⁰⁾.

En revanche le référenceur s'oblige, du fait du référencement, à transmettre les offres aux distributeurs. Le rôle de la centrale de référencement est précisément de communiquer aux adhérents la liste des fournisseurs référencés, des produits objets du référencement, leurs conditions de vente, les prix et les avantages tarifaires. Cette obligation, à l'égard du fournisseur, est même la contrepartie, pour ce dernier, du référencement, en ce que le référencement, et le prix payé pour ce dernier, assure au fournisseur l'accès aux affiliés et, ce faisant à leur capacité d'achat.

C'est là poser l'avantage important que le contrat de référencement créé pour le fournisseur et ce faisant la rémunération due au référenceur, souvent posée en un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec les distributeurs ⁽⁶¹⁾. On peut alors se demander si le montant de cette rémunération doit ou non être communiquée et remis aux distributeurs, si elle est due sur le chiffre d'affaires réalisé, même non payé par le distributeur ⁽⁶²⁾ ou bien sur le seul chiffre d'affaires réalisé et payé ⁽⁶³⁾. Toutefois l'article L. 442-6, II, b) du Code de commerce limite ce type de possibilité en interdisant les clauses qui assureraient le paiement d'un « droit d'accès » au référencement préalablement à la passation d'une commande.

217 Obligations du fournisseur. Le résultat de la négociation entre le référenceur et le fournisseur se traduit par l'établissement de la relation, voire du contrat, de référencement, le plus souvent sur une durée d'une année. Il en résulte que le fournisseur s'oblige à maintenir son offre auprès des distributeurs, dans les conditions posées par la négociation pendant cette année.

Les contrats de référencement se sont longtemps singularisés par le paiement d'une « commission de gestion », payée par le fournisseur, en moyenne à hauteur de 2% des achats réalisées par la centrale. L'article L. 442-6, II, b du Code de commerce, supprimé par l'ordonnance du 24 avril 2019, prohibait les clauses imposant au fournisseur de payer un droit d'accès au référencement préalablement au paiement de toute commande. La solution pourrait être reprise sur le fondement des « avantages sans contrepartie » ou du « déséquilibre significatif » du

59 Cass. com. 28 mai 1991, préc.

60 Cass. com. 6 déc. 1988, préc., Cass. com. 16 janv. 1990, préc.

61 Versailles, 16 déc. 1987, préc., Cass. com. 23 oct. 1990, préc.

62 Cass. com. 6 déc. 1988, préc., Cass. com. 16 janv. 1990, préc.

63 Cass. com. 23 oct. 1990, préc.

nouvel l'article L. 442-1, I, 1° et 2 du Code de commerce. Cela prohibe le paiement d'une somme à titre d'une sorte de droit d'entrée, mais ne prohibe pas le principe de la « commission de gestion », à supposer toutefois qu'elle ait une contrepartie déterminée.

En outre le fournisseur doit rendre des comptes sur les opérations réalisées avec le référencéur.

Section 3. – Les contrats de vente subséquents

218 Variété des situations et enjeu. La logique de l'opération de référencement vise à préparer l'ensemble des ventes à conclure entre le fournisseur et les points de vente, directement entre ces deux opérateurs dans le cas d'une centrale de référencement, voire avec une implication plus lourde face à une centrale agissant comme centrale d'achat.

Lorsque la centrale joue simplement le rôle d'un courtier, elle se contente alors de mettre en relation, s'agissant de la réalité de la conclusion des ventes futures, fournisseurs et points de vente affiliés : les ventes sont alors supposées être conclues directement entre eux, de telle manière que la centrale n'est alors pas tenue de payer le prix en cas de défaillance du point de vente⁶⁴, et n'est pas davantage destinataire ou créancier des avantages tarifaires produits par le volume d'achats et la convention unique⁶⁵. Lorsque la centrale se présente comme un mandataire ou un commissionnaire à l'achat, elle supportera les obligations d'un mandataire ou d'un commissionnaire, l'obligation de payer le prix dans ce dernier cas.

Parfois enfin, la centrale achète, pour son compte, et pour revendre, de telle manière qu'elle se présentera, alors, face aux points de vente, comme un fournisseur, sans obligation, alors, de rendre compte de quelque manière que ce soit des conditions, tarifaires, dans lesquelles elle a acheté.

En pratique, deux figures émergent. En effet, les techniques de regroupement des achats ont pour objectifs d'assurer un volume d'achat permettant de négocier, en position de force, des avantages tarifaires : tel est l'enjeu majeur de l'ensemble du mécanisme, de telle manière que la réalité des techniques juridiques vise précisément à garantir et sécuriser, pour la centrale, ces masses financières qui assurent l'ensemble de la vie de ces regroupements.

La dernière ici évoquée n'est pas isolée : la centrale achète et revend, assume le paiement du prix, le stockage, etc., lourdeur compensée par les marges de revente, qui font qu'elle conserve l'intégralité des ristournes et autres avantages versés par les fournisseurs, libre à elle de conclure, en

⁶⁴ Cass. com. 17 mars 2004, n°01-10103, CCC 2004, n°91, obs. L. Leveneur, JCP éd. E, 2004, 752, obs. D. Mainguy.

⁶⁵ Paris, 1^{er} juin 2016, n°14/00997.

aval, des conventions avec ses propres clients, les points de vente affiliés.

La seconde, classique, aménage les deux premières figures dans un sens validés par les ressorts de la liberté contractuelle. Ainsi, en pratique, la centrale se charge de centraliser les achats des points de vente, voire de prévoir, à l'avance ces achats, d'organiser les plans d'achat des points de vente, leur approvisionnement, centralise les factures, les paiements, etc. et les ristournes et avantages, alors qu'elle aura pris de soin, dans le contrat d'affiliation, de faire en sorte que le point de vente lui réserve tout ou partie de ces avantages, ensuite reversés en fonction du contrat conclu⁶⁶, sans avoir l'obligation, alors, d'informer les points de vente de la teneur des négociations⁶⁷.

⁶⁶ Cass. com. 3 avr. 1990, n°88-16962.

⁶⁷ Cass. com. 8 juin 017, n°15-27146, AJ contrats 2017, p. 443, note N. Dissaux, CCC 2017, n°171, obs. M. Malaurie-VIGNAL, Comp. Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-15800, Bull. Joly, 2017, p. 726, note N. Dissaux (à propos du secret d'affaire opposé dans des mesures d'instruction de l'article 145 CPC).