

AUTOPSIE D'UN PUZZLE JURIDIQUE
(Les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à
l'épreuve de la jurisprudence récente)
(Mélanges Jacques Foyer, *Economica*, 2008, p. 655)

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

1. – Le domaine du droit de la distribution est défriché, en France, depuis le milieu des années 1970 ⁽¹⁾. Mais si quelques grands esprits, rejoints depuis par une communauté de juristes qui s'est bien rendu compte qu'il constituait et révélait en même temps l'un des grands thèmes vivants du droit des affaires et des contrats d'affaires, se sont penchés largement sur son étude, il reste encore beaucoup à faire.

Il reste beaucoup à faire d'abord parce que le premier pilier qui soutient le droit de la distribution, le droit des contrats, change, sous la pression d'une jurisprudence conquérante et efficace depuis une vingtaine d'années, de la doctrine et, par exemple, de l'avant-projet de loi modifiant le Code civil s'agissant de la partie consacrée au droit des obligations, pour en faire un droit des obligations *et des contrats*, mais aussi sous la pression internationale et les projets d'uniformisation des règles du droit des contrats, éventuellement internationaux.

Ensuite parce que l'environnement du droit de la distribution se modifie. Autrefois, on enseignait quelques grandes questions, articulées autour des problèmes de promotion des ventes, impliquant le droit de la consommation, de la vente commerciale, pour traiter des relations de la grande distribution et de la cette curieuse police réglementaire de la négociation des ventes commerciales dite « transparence tarifaire » ⁽²⁾, et

¹ Cf. J.-M. Mousseron et alii, *Droit de la distribution*, Litec, 1975; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999 ; R. Bout, M. Bruschi, S. Poilait-Perruzzeto et M. Luby, *Droit économique*, éd. Lamy; D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 4^e éd., 2006 ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Dalloz, 2006 ; L. Vogel (dir.), *Code de la distribution*, Lawlex, 2006.

² Cf. J.-M. et M. Mousseron, D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, 2^{ème} éd. Litec, 1998, D. Mainguy, *La circulaire du 8 décembre*

enfin, certains contrats de distribution, essentiellement à travers, les contrats de représentation et les contrats de distribution en réseau. On doit bien reconnaître que cette présentation, si elle est toujours d'actualité, n'est pas complète, tant les lignes se brouillent, par exemple en raison des modifications des techniques de distribution : l'irruption des différentes formes de distribution sur l'Internet, l'internationalisation des canaux d'approvisionnement, les transformations des techniques contractuelles de distribution, mais aussi en raison des transformations du contexte juridique, à commencer par celles du droit des contrats, spécialement depuis une vingtaine d'années, qui permettent d'envisager un droit commun des contrats de distribution s'agissant de leur formation, de leur exécution ou de leur rupture. Surtout, certains pans du domaine couvert par cette matière demeurent dans l'ombre, parfois de façon volontaire d'ailleurs : *vivons heureux, vivons cachés*.

Aujourd'hui, l'implication du droit de la concurrence impose une considération totalement nouvelle de la question, de façon assez paradoxale d'ailleurs. En effet, l'application des règles du droit de la concurrence aux contrats de distribution, dénommés pour l'occasion « *restrictions verticales de concurrence* », est entravée par plusieurs filtres : la méthode du seuil de sensibilité, qui fait que seuls les contrats correspondant, sauf exception, à plus de 15% du marché, communautaire ou national selon le cas, sont soumis au droit de la concurrence, et l'application du Règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 qui exempte, par principe et sauf quelques importantes exceptions, tous les contrats dont la part de marché est inférieure à 30% du marché communautaire.

Par conséquent, et c'est la première branche du paradoxe, la plupart des contrats de distribution ne sont pas concernés par l'application du droit (communautaire) de la concurrence. Pour autant, c'est la seconde branche du paradoxe, l'importance des exceptions (les clauses de prix imposé, les clauses d'exclusivité, les clauses de non concurrence, notamment) et les diverses interprétations que l'on peut en tirer, d'une part, et la transformation de l'analyse concurrentielle, devenue principalement économique, d'autre part, sont telles qu'il est devenu difficile de ne pas associer quelques éléments d'analyse économique du droit à une matière en plein développement. On notera, au passage, même de façon un peu décalée, que ce besoin d'analyse économique du droit n'est ni nouveau ni absolu. Il n'est pas nouveau car

2005 relative à la modernisation des relations commerciales, JCP, éd. E, 2006, 1294 ; L'esprit et la lettre de l'article L. 442-6 du Code de commerce, JCP, éd. E, 2002, I, 1729.

il s'inscrit parfaitement dans la longue expérience française de l'interprétation du droit à la fin du XIX^{ème} siècle : la fin (heureuse) de l'exégèse (stupide) laissait place à une méthode nouvelle et assez naturelle assurant une interprétation libre, fondée sur la sociologie, l'histoire, la psychologie, l'économie, déjà. Ce qui est nouveau c'est le caractère scientifique de l'analyse économique du droit, parfois trop scientifique et éthéré d'ailleurs, et son détachement de l'économie comme du droit, dont on a cru pouvoir se passer en France, sans doute en raison des ascendances prétendument morales ou sociales de notre droit. Qu'on songe un instant à la technique de formation du contrat, un simple échange du consentement censé être équilibré, sans aucune intervention extérieure, et qu'on le compare au théorème de Coase, par exemple. Il n'est pas absolu non plus car il est parfaitement clair que les ressorts de l'analyse économique du droit ne sont qu'un élément d'une analyse plus globale d'une institution ou d'un contrat, parmi bien d'autres. Qu'on songe cette fois, par exemple, à la question du formalisme dans le licenciement d'un salarié, s'il suffisait de s'en tenir à une simple analyse économique.

Cette petite digression sans intérêt avait simplement pour but de montrer que l'observation des phénomènes juridiques et, spécifiquement, du phénomène contractuel, justifie un œil qui soit, sinon nouveau – le jeunisme a ceci de décevant qu'il finit un beau jour par s'appliquer à soi-même – du moins exercé.

2. – De ce point de vue, les montages juridiques d'une façon générale et ceux qui sont ici décrits à travers l'observation de quelques décisions de jurisprudence dans le domaine de la grande distribution, appellent un regard particulièrement affûté.

Pourtant, la jurisprudence est, en ce domaine, relativement pauvre. Si on peut, pour résumer, distinguer les questions couvrant les relations de la distribution dite intégrée ou en réseau, comprenant les contrats cadres de distribution (franchise, concession, etc.) et celles, économiquement bien plus importantes, intéressant les relations de la grande distribution, on doit bien reconnaître que l'image judiciaire de cette réalité est tout autre : la plupart des décisions, du fond ou de la Cour de cassation, concerne les contrats de distribution en réseau et bien peu les relations de la grande distribution. Encore plus rares sont les décisions qui couvrent la question de l'organisation contractuelle et sociétaire des entreprises de la grande distribution ⁽³⁾.

³ V. cependant et de façon confirmative, Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692.

C'est précisément le très grand intérêt de quatre décisions, pourtant non destinées à la publication au *bulletin des arrêts de la cour de cassation*, rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation, du 19 décembre 2006 dans des affaires intéressantes, pour chacune d'elles, les relations contractuelles et sociétaires entre une centrale d'achat d'un groupe de la grande distribution et l'un de ses adhérents qui souhaitait céder les titres de la société d'exploitation d'un centre de distribution à un tiers, un concurrent. ⁽⁴⁾.

3. – Brossons un large tableau, alors. D'un point de vue économique, les entreprises de la grande distribution sont, très schématiquement, divisées selon qu'elles relèvent du domaine de la distribution alimentaire ou de la distribution non alimentaire (c'est-à-dire spécialisée : meuble, sport, bricolage, etc).

Celles de la grande distribution alimentaire sont assez nombreuses mais on peut aisément les résumer aux six plus importantes grandes « centrales » : Carrefour, Leclerc, Intermarché, Casino, système U et Auchan. Ces entreprises disposent donc d'une « Centrale », qui est chargée parfois d'acheter pour revendre et plus souvent de référencer des fournisseurs auprès des distributeurs affiliés ⁽⁵⁾.

Ces entreprises qui réalisent des chiffres d'affaires qui en comptent en centaines de millions d'euros, sont organisées en « formats » : les hypermarchés, les supermarchés, les supérettes voire le « mini libre-service » de proximité, et le hard-discount, toutes ces entreprises ne couvrant d'ailleurs pas l'intégralité du spectre proposé ⁽⁶⁾.

Par ailleurs, ces entreprises sont structurées différemment. Ainsi, le cœur de l'organisation est constitué de la centrale de référencement, parfois divisée en centrales régionales, et les muscles sont les centres de distribution, qui peuvent être des succursales, des filiales, ou des entreprises indépendantes.

Trois de ces entreprises sont plutôt organisés sous la forme d'un commerce indépendant (Intermarché, Leclerc et Système U) et les trois autres plutôt sous la forme d'un commerce dit « intégré » même si on peut relativiser le propos.

Le groupe Carrefour, par exemple, exploite l'ensemble des formats sous différentes enseignes (Carrefour, Champion, Shopi, Huit à huit, ED) principalement par le biais de succursales ou de filiales, mais

⁴ Cass. com. 19 déc. 2006, n°05-10197, 05-10198, 05-10199, 03-21042.

⁵ Comp. M.-E. André, les contrats de la grande distribution, Litec, 1990.

⁶ Cf. Cf. Rapport « Canivet », oct. 2004, sp. 23 s., dont la lecture renseigne sur bien des points du fonctionnement des relations entre fournisseurs et distributeurs.

parfois aussi via un contrat de franchise conclu avec un indépendant, le tout dans le commerce à prépondérance alimentaire. Le groupe Auchan, en revanche, exploite essentiellement des hypermarchés (Auchan) et des supermarchés (Atac) dans le commerce alimentaire, mais il s'est diversifié dans le secteur de la distribution non alimentaire (Boulangier, Leroy Merlin, Décathlon, etc.), comme Intermarché qui n'exploite cependant que deux formats. Enfin, les centrales de référencement ne sont pas nécessairement issues de ces groupes. Ainsi, les groupes Système U et Leclerc ont fondé la Centrale Lucie, Monoprix est affilié à la centrale de Casino. Enfin, les centrales sont parfois diversifiées, comme les centrales Leclerc qui sont éparpillées en centrales régionales ou Carrefour qui dispose d'une centrale, CSF, qui développe plusieurs activités, le référencement proprement dit ou l'achat et la revente auprès des magasins de proximité.

4. – Cette nouvelle digression très descriptive un peu longue est nécessaire car elle permet de mesurer les enjeux considérables représentés par ces entreprises et, dans le même temps, l'étroitesse du nombre d'opérateurs, ce qui fait de chacun d'entre eux des monstres financiers.

Chacun de ces groupes est en situation de concurrence. Ils sont dans une situation de concurrence à l'égard des fournisseurs, référencés par les centrales et vendeurs des marchandises référencées auprès des centres de distribution ; Il s sont ensuite, évidemment, en situation de concurrence, entre eux, face aux consommateurs, que ce soit en termes de prix des produits, de qualité de ceux-ci, de services proposés ou de richesse des assortiments, avec, notamment, l'apparition des marques de distributeurs, qui sont produites ou bien par des fournisseurs indépendants – qui souvent fournissent aussi des produits de leurs propres marques – ou bien par des usines intégrées au groupe de distribution.

Cette concurrence horizontale, qui a toujours été cruelle, s'est particulièrement tendue depuis la loi *Raffarin* du 5 juillet 1996 qui empêche ou rend plus difficile la croissance interne de ces entreprises ; En effet, celle-ci modifiait la loi *Royer* de 1973 par le quasi gel des créations ou agrandissements de ces grandes surfaces, créant ce faisant une valeur immatérielle nouvelle, l'autorisation d'exploiter, de créer ou d'agrandir, et, de façon déclinée, un contentieux de l'urbanisme commerciale particulièrement important devant les juridictions administratives.

Par conséquent, c'est essentiellement en termes de croissance externe que se joue cette concurrence, par une compétition acharnée à l'égard des clients mais aussi par l'acquisition d'un réseau concurrent, par l'acquisition d'un petit réseau régional ou bien par la fusion de deux géants, ou, dans des conditions plus ou moins loyale, des centres de distribution appartenant à un autre réseau. Or, ces réseaux sont, comme nous l'indiquons constitués soit de succursales, soit de filiales, de commerçants indépendant. On conçoit, alors que les réseaux de distributeurs indépendants soient particulièrement visés par les plus agressifs et ce, quel que soit le format (⁷).

L'intérêt des décisions fournissant le prétexte à ces quelques lignes tient au fait que c'est le format le plus important qui est visé, celui des hypermarchés, et que ces décisions donnent une idée des techniques utilisées par le groupe cible pour se protéger et les limites de ces protections, ici des centres de distribution appartenant à l'un des groupes formé de distributeurs indépendants, le groupe Leclerc, en l'occurrence, mais l'organisation contractuelle et sociétaire que ces arrêts dévoilent, et que d'autres complètent est, toujours à la lecture de la jurisprudence, transposable dans d'autres,.

4. – Ces quatre arrêts concernent la question du droit de préférence ou d'une promesse portant sur les titres détenus par le dirigeant d'un centre de distribution, institués dans un pacte d'actionnaire associé aux statuts d'une société anonyme au profit des associés de l'actionnaire majoritaire dirigeant.

La lecture de ces décisions permet d'avoir une idée du montage sociétaire et contractuel organisé par le groupe auquel ces centres étaient affiliés. Un pacte extrastatutaire joint aux statuts d'une société anonyme prévoit que au cas, où le dirigeant de la société exploitant le centre de distribution envisage de vendre ses parts, il doit, via une offre préalable de vente à laquelle s'ajoute souvent une promesse de cession, proposer ses titres par priorité à l'un de ces associés, qui se trouve être la centrale de référencement, une autre société d'exploitation d'un centre de distribution ou un autre dirigeant d'une de ces sociétés, de telle manière que les centres de distribution demeurent dans l'escarcelle du groupe : c'est l'objectif même de la « guerre des mètres carrés ».

Par ailleurs, le dirigeant est membre d'une association regroupant tous les dirigeants et associé de la centrale de référencement régionale, laquelle est organisée sous la forme d'une société coopérative à capital

⁷ Cf. pour une autre image judiciaire, Cass. com.

variable, au règlement intérieur particulièrement redoutable : la démission du dirigeant (ou son éviction en cas de perte de l'enseigne) est sanctionnée par la perte des ristournes de l'année et une pénalité (de l'ordre de 0,5% du chiffres d'affaires TTC), seconde facette du montage qu'un arrêt du 22 février 2000 avait montré ⁽⁸⁾, voire le paiement d'un droit d'entrée différé et calculé sur le plus récent exercice.

5. – On ne peut manquer d'observer ce montage à la lumière de l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006 ⁽⁹⁾ sur le sort de la violation d'un pacte de préférence et de ceux qui l'ont suivi. Rappelons très rapidement que la Cour de cassation affirmait avec force que « *Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » et un arrêt de la Chambre commerciale du 14 février 2007 validait l'arrêt d'appel qui avait retenu cette sanction ⁽¹⁰⁾.

A lire rapidement ces arrêts en effet, on peut penser que les montages sociétaires intégrant un pacte de préférence en sortent renforcés : le bénéficiaire bafoué peut obtenir mieux que l'inopposabilité de la cession conclue avec le tiers, l'annulation et la substitution dans les droits du tiers ⁽¹¹⁾. Cette lecture rapide semble donc renforcer, voire valider juridiquement de manière définitive le montage contractuel et sociétaire. En effet, les logiques d'agrément, d'audit préalable à l'acquisition d'une entreprise font que les bénéficiaires de la formule de préférence n'auront guère de difficulté à prouver que l'éventuel tiers-acquéreur connaissait l'existence du pacte et l'intention des bénéficiaires de s'en prévaloir.

⁸ Cf. Cass. com. 22 févr. 2000, *Abissirah*, Bull. civ. IV, n°35

⁹ Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. n°4, rapp. Bailly, conc. Sarcelet, D. 2006, p. 1861, note D. Mainguy et P.-Y. Gautier, D. 2006, Somm. p. 2644, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Causson ; JCP 2006, I, 10142, obs. L. Leveneur ; I, 176, obs. F. Labarthe ; Defrénois 2006, 1207, obs. E. Savaux ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud. p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul, RTDciv. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages. Adde H. Kenfack, *Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence*, RLDC, sept. 2006, n° 2173.

¹⁰ Cass. com, 14 févr. 2007, n°05-21814, publié au bulletin. Comp. Cass. civ ; 1^{ère}, 31 janv. 2007, D. 2007, p. 1698, note D. Mainguy

¹¹ Pour un regard (très) critique sur ces sanctions, v. cependant, D. Mainguy, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2007, préc.

L'une des difficultés dans les montages étudiés tient au fait que la clause de préférence institue un prix de substitution différent de celui de l'offre concurrente : le bénéficiaire du pacte fait une offre de prix et en cas de désaccord, un expert est désigné, qui doit fixer le prix, mais en respectant « *les usages du (groupe de distribution)* ». Or, si le fonds de commerce d'un hypermarché peut être, très rapidement, estimé à une valeur qui varie selon les circonstances entre 9 à 18 mois de chiffre d'affaires HT, les règles et usages du groupe en question les limitent à une fourchette de 2 à 4 mois de chiffre d'affaires.

Cette différence – considérable si l'on songe qu'une supérette effectue un chiffre d'affaires qui peut aller jusqu'à 4 millions d'euros, un supermarché jusqu'à 20 millions d'euros et un hypermarché jusqu'à 100 millions d'euros – n'est pas nécessairement illégitime car les dirigeants propriétaires de centre sont souvent d'anciens cadres du groupe qui accèdent ainsi à la fortune et revendent à d'autres cadres, etc. Mais en situation de rareté des surfaces de vente, et, donc, de survalorisation de ces fonds, la tentation est grande de céder à un groupe tiers, prêt à payer très cher une surface nouvelle, pour autant cependant que l'évasion contractuelle soit possible.

Or, jusqu'à présent, elle était très difficile, les juridictions adoptant généralement une position rendant très incertaine cette sortie, sur le terrain du droit des contrats comme celui du droit de la concurrence. Si en effet la jurisprudence validait, avant 2006, la rétractation de la promesse de cession par le promettant – ce qui est toujours virtuellement le cas même si cette solution est en sursis depuis l'arrêt du 26 mai 2006 sur la violation d'un pacte de préférence –, il n'en est apparemment plus de même aujourd'hui. Par ailleurs, les arrêts de 2007 appliquant, en ce domaine, la solution posée en 2006 assurent l'efficacité de la nullité d'une cession réalisée en contravention d'un pacte de préférence et la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers sans, d'ailleurs que l'on sache véritablement si la substitution s'opère au prix du contrat conclu avec le tiers ou au prix éventuellement prévu dans le pacte, ce qui, en l'espèce, aurait assuré un prix « *aux conditions du (groupe de distribution)* ».

On mesure, alors, l'importance des arrêts du 19 décembre 2006, du point de vue de l'organisation des groupes de distribution à l'aulne de la jurisprudence sur l'efficacité, de plus ou plus douteuse, de la violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse de contracter.

6. – Nous les présenterons rapidement avant de les mettre en scène. Trois de ces arrêts répondent, par rejet, à des pourvois formés

contre trois arrêts rendus par la Cour d'appel de Nancy du 20 octobre 2004.

Dans deux des arrêts (n°05-10197 et 05-10199), la promesse unilatérale de cession avait été acceptée par le groupe Leclerc qui s'était ensuite substitué un tiers et cherchait à obtenir la validation judiciaire et l'inopposabilité de la cession intervenue, ultérieurement à cette levée d'option à un autre distributeur. Or, les deux arrêts de la Cour d'appel de Nancy avaient déclaré nulles les promesses faute de détermination du prix sur le fondement des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, ce que confirmait la Cour de cassation dans les mêmes termes : *« attendu (...) 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 devaient 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 ».*

L'un des autres arrêts (n°05-10198) se présentait de manière plus classique : le pacte de préférence inclus dans le pacte extrastatutaire de la société exploitant le centre Leclerc cible n'avait pas été respecté, ses dirigeants ayant cédé à un tiers, Intermarché en l'espèce. Le groupe Leclerc cherchait alors à obtenir l'annulation de la cession et la poursuite forcée de la procédure contractuelle. La Cour d'appel de Nancy avait également annulé le mécanisme de préférence et la Cour de cassation confirme cette décision en des termes un peu différents : *« 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 ».

Enfin, un quatrième arrêt (n°03-21042) se prononçait après un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 9 septembre 2003, lequel avait validé le mécanisme de préférence en affirmant que le mécanisme contractuel ne s'imposait pas aux experts, solution que censurait la Cour de cassation : *« 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 ».*

7. – Ces quatre décisions sanctionnent, par la nullité, les pactes de préférence ou promesses de cession de titres, faute de détermination du prix, sur le fondement des articles 1591, 1592 ou 1843-4 du Code civil, c'est-à-dire, pour indétermination du prix, ce qui démontre, au passage

l'intérêt que revêt encore cette question, même après les célèbrissimes arrêts de 1995.

A s'en tenir strictement à la lecture de ces arrêts, on peut louer l'analyse de la Cour de cassation dans la mesure où elle a parfaitement saisi le cœur et la portée des montages qui lui étaient soumis, dont l'utilité était d'assurer la conservation des centres de distribution au sein du groupe, comme c'est d'ailleurs le cas des autres groupes de distribution organisés avec des indépendants. On observera surtout que c'est une première dans la mesure où la Cour de cassation avait, jusqu'à présent, validé ce montage ⁽¹²⁾.

Or, sur le fondement des articles 1591, 1592 ou 1843-4 du Code civil, le prix de la cession des actions, comme de toute chose, suppose, pour sa validité même, que le prix soit déterminé par les parties dès la formation de la cession ou du moins déterminable, par exemple par le recours à un tiers expert. L'article 1592 permet ainsi que le prix soit déterminé par un tiers, mais si le tiers ne peut pas déterminer le prix, quelle qu'en soit la raison, « *il n'y a point de vente* ». Or, la jurisprudence exige que le tiers soit réellement indépendant des parties ⁽¹³⁾, ce qui pose difficulté dès lors que le tiers doit être choisi parmi une liste rédigée par celles-ci.

Par ailleurs, la mission de l'expert était, dans la clause, particulièrement limitée : l'une des clauses imposait en effet aux experts de « *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* », validant, ce faisant, une fixation des prix à des conditions très favorables

¹² Cf. Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692 : « *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 impérative des statuts ou à l'intérêt social ; que l'objet du pacte du 7 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 une règle d'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 Cf. Cass. Civ. 1ère, 2 déc. 1997, Bull. civ. I, n°334 ; CA Paris, 14^e ch. B, 25 oct. 2002, Dr. sociétés 2003, n° 118, RJDA 2004, n° 1126, p. 1013.

au cessionnaire, en l'occurrence l'une des centrales d'achats du groupe Leclerc ou un autre exploitant d'un Centre Leclerc. Il était donc logique que la Cour de cassation considère que la mission de l'expert était entravée ou conditionnée, l'empêchant de remplir sa mission de manière indépendante ⁽¹⁴⁾ et, donc, faisant obstacle à une libre déterminabilité du prix, suivant en cela une jurisprudence constante ⁽¹⁵⁾.

8. – Lorsqu'une telle formule de préemption, préférence ou promesse apparaît désormais, le mécanisme contractuel échoue, *ab initio*, pour une cause péremptoire de nullité, sans qu'il y ait à s'interroger sur l'efficacité du mécanisme : la cession des titres à un cessionnaire tiers est valable en raison de la nullité de la clause de préférence.

Il reste cependant, à mesurer le fait que le cessionnaire doit s'attendre à un contentieux long, important et onéreux de la part des bénéficiaire, du moins tant que la jurisprudence ne sera pas davantage fixée, ce qui peut être de nature à le dissuader.

Tout n'est pas réglé pour autant par ces arrêts. Les groupes de distribution concernés ne vont pas s'effondrer, leurs adhérents se vendre en masse à la concurrence, ne serait-ce qu'en raison de l'extraordinaire rentabilité de ces entreprises, mais aussi parce que ces décisions ont été rendues à propos de promesses unilatérales de cession conventionnelles ou d'un pacte extrastatutaire, c'est-à-dire dans le cadre de montages relevant de la matière contractuelle.

9. – Face à un mécanisme similaire inséré dans des statuts, notamment dans des statuts de SAS, la question devient plus difficile, en raison des règles particulières de la nullité des pactes sociaux.

En effet, les actions en nullité des statuts se prescrivent par trois ans (C. civ., art. 1844-10). Passé ce délai, l'éventuelle nullité n'est plus recevable que par exception.

Or, ces statuts prévoient bien souvent différentes clauses associées à la clause de préférence de nature à bloquer la sortie d'un adhérent.

¹⁴ Cf. Cass. civ. 2ème, 8 avr. 1999, Bull. Civ. II, n°67.

¹⁵ Cf. Cass. com. 13 janv. 1971, Bull. civ. IV, n°13 (nullité d'une cession prévoyant que le prix serait fixé en fonction d'un bilan à établir, sans indication précise sur le mode d'établissement du bilan) ; Cass. com. 10 déc. 1991, Bull. Joly 1992, p. 191, Dr. sociétés 1992, n°31 (nullité d'une cession dont le prix était calculé en fonction d'éléments, dont la valeur n'est pas fixée officiellement).

Ce peut être une clause d'agrément d'un éventuel tiers associé, cessionnaire des titres de l'un des associés existants, et notamment du dirigeant, par les autres associés.

En application de l'article L. 228-23, al. 4 du Code de commerce, « *toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* », formule générale qui reprend la formule plus globale prévue pour les SAS selon laquelle « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* » (C. com., art. L. 227-15).

Ce peut être également, ou en outre, une clause de préemption. Ces clauses de préemption statutaires sont considérées comme valables par principe, même si elles heurtent le principe de la négociabilité des titres ⁽¹⁶⁾, pour autant cependant que ces clauses ne conduisent pas à paralyser toute possibilité de cession et qu'elles précisent les conditions de prix du jeu de la préemption. S'agissant de la sanction de leur violation, on admettait classiquement que la cession conclue en violation d'une clause de préemption est inopposable à la société et aux actionnaires mais n'est pas automatiquement nulle ; l'annulation n'est possible que pour autant que le tiers-acquéreur ait connu l'existence de cette clause et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, comme pour les mécanismes contractuels de préférence. Cependant, si la loi n'a pas envisagé ces clauses, s'agissant des SAS, la formule générale de l'article L. 227-15 du Code de commerce plus haut rappelée et prévoyant que « *toute cession effectuée en violation d'une clause statutaire est nulle* » permet à certains auteurs d'estimer que cette formule permet d'annuler la cession d'actions effectuée en violation d'une clause de préemption. La formule peut être reproduite pour les clauses de préférence.

10. – Si dès lors, passé le délai de prescription de l'action en nullité des statuts, la seule façon de « profiter » des arrêts du 19 décembre 2006 est pour le dirigeant souhaitant céder ses titres à un tiers, d'invoquer la nullité de la clause sur le fondement des articles 1592 ou 1843-4 du Code civil à titre d'exception, on pourrait, se demander quelles sont les actions qui pourraient être engagées.

On pourrait, bien entendu songer à savoir si le refus de voter un tel agrément, peut être analysé comme un abus de minorité ou, tout simplement, comme un abus du droit de ne pas procéder à un tel agrément. La perspective est cependant peu opportune. Aucune décision n'a, semble-t-il en effet, admis que le refus de voter un agrément était constitutif d'un abus de minorité même si les exemples jurisprudentiels

¹⁶ Cf. Cass. com. 15 févr. 1994, Bull. Joly 1994, p. 508, note D. Vellardocchio.

existants s'en approchent (refus d'agréer une augmentation de capital, notamment si elle est nécessaire à la survie de la société, refus de voter un transfert de siège social, refus de voter des modifications statutaires indispensables à la survie de la société, etc). Tous les exemples recensés, cependant, concernent des hypothèses d'abus caractérisés révélant une méconnaissance flagrante de l'intérêt social. Ainsi, le refus de voter l'augmentation de capital réservée à un seul associé, ou lorsque celle-ci n'est pas vitale pour la société ou pire, dans le cas d'une société franchisée filiale du franchiseur, dans laquelle le minoritaire disposait d'un droit de veto prévu expressément en cas d'actes graves de disposition susceptibles de modifier l'activité de la société ou en cas de cessions projetées de parts sociales ⁽¹⁷⁾. Par ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation a subordonné la qualification de l'abus de minorité à la condition préalable du respect du droit à l'information du minoritaire ⁽¹⁸⁾, ce qui paraît peu réaliste dans l'hypothèse où un dirigeant souhaite céder ses titres à un tiers en dépit des verrous statutaires. Enfin, en toute hypothèse, la sanction de l'abus de minorité est l'engagement de la responsabilité civile, et point la validité d'une décision ou la reconnaissance judiciaire de la décision sociale qui aurait pu être adoptée si le minoritaire n'avait pas abusé de sa minorité.

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 228-24, al.2 du Code de commerce, le refus d'agréer le tiers cessionnaire emporte pour conséquence, soit la rétractation de l'offre de vente par l'actionnaire cédant, par la reconnaissance d'un « droit de repentir », soit l'obligation pour les autres actionnaires, par l'un d'entre eux, par un tiers ou pour la société d'acquiescer les actions aux lieux et place de ce tiers, à un prix fixé par les parties ou, à défaut, à un prix établi par un expert, déterminé dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil, dans les trois mois du refus. Où l'on retrouve, alors, la solution des arrêts commentés.

Autre, enfin, est la question de savoir si l'ensemble du mécanisme statutaire, en tant qu'il a peu ou prou, pour but d'empêcher la cession des titres par l'actionnaire majoritaire ou, du moins, de le rendre très difficile, n'est pas une entrave au principe de libre négociabilité des actions, principe essentiel du droit français des sociétés.

La question doit, en effet, être considérée dans son ensemble. En effet, si le dirigeant ne respecte pas la procédure statutaire, il risque de subir une action en nullité de la cession qui sera elle-même contredite par l'exception de nullité. Il resterait, cependant, à vaincre la présence, éventuelle, d'une clause d'agrément. C'est sans doute la raison pour

¹⁷ Paris, 29 juin 1995, Dr. soc. 1995, n°221

¹⁸ Cass. com. 27 mai 1997, Bull. civ. IV, n°149.

laquelle la question ne doit pas être envisagée clause par clause mais dans son ensemble.

Or, du point de vue du droit des sociétés, la seule manière de faire échec à un tel mécanisme est de considérer que l'ensemble fait obstacle au principe de libre négociabilité des titres. Il reste, en outre, l'éventuelle application des règles du droit de la concurrence.

11. – Le point de vue des règles du droit des sociétés ou de celles du droit des contrats peut en effet être dépassé par une considération plus large, du point de vue du droit de la concurrence, ne serait-ce que pour obtenir l'annulation de telle ou telle stipulation, qui ne serait pas possible dans la seule considération de ces règles techniques ou sans une vue concurrentielle d'ensemble. Ainsi, la considération de la clause pénale des statuts de la centrale d'achat peut être considérée comme une entente anticoncurrentielle, argument qui pourtant n'a pas convaincu la Cour de cassation, d'une part parce que le raisonnement concurrentiel provenait des juridictions « ordinaires » et point du Conseil de la concurrence, mais surtout parce que le raisonnement concurrentiel n'était pas global et ne traitait qu'une partie de la question ⁽¹⁹⁾.

Un « traitement concurrentiel » permet(trait) d'obtenir une telle vue globale de la situation considérée du point de vue de ces effets, à partir de l'analyse des différents documents contractuels ou sociétaire au regard, d'une part, de la sanction des ententes anticoncurrentielles (C. com., art. L. 420-1) et, éventuellement, de l'abus de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2, al. 2), étant entendu que le marché pertinent sur lequel ces pratiques sont susceptibles de porter leurs effets. Le marché sur lequel s'exercent les pratiques n'est pas le marché de la distribution de produits de grande consommation en hypermarchés ou supermarchés mais s'observent en amont, sur celui de l'accès aux entreprises de distribution, au marché des hypermarchés.

Il n'est pas certain par ailleurs, pour autant que ces pratiques puissent présenter une dimension communautaire que puisse être invoqué le Règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 du 22 décembre 1999 qui exempte par principe tous les accords qui s'inscrivent dans une part de marché inférieure à 30% (art.3), sauf en présence de « restrictions caractérisées ». En effet, ce Règlement a essentiellement pour vocation de gérer, d'une façon générale, les accords de distribution « classiques », accords de franchise, de distribution sélective, d'approvisionnement exclusif, alors même que les pratiques

¹⁹ Cf. Cass. com. 22 févr. 2000, préc..

observées s'inscrivent dans une dimension plus complexe, dans laquelle se mêlent les dispositions statutaires de la société exploitante, des pactes extrastatutaires, les statuts de la société « référenceur », alors il n'est pas certain que le Règlement s'applique. Dans cette situation, les *lignes directrices* du 13 octobre 2000 (point 62) prévoient que ces situations peuvent nécessiter un examen individuel, alliant examen des effets négatifs et positifs sur la concurrence, exactement comme si l'accord se situait hors du champ d'application du Règlement.

12. – Dès lors, l'effet anticoncurrentiel des pratiques identifiées peut être mesuré. Il s'agit en effet, d'un ensemble de clauses installant un mécanisme « anti-sortie » d'un adhérent ce qui constitue une barrière à l'entrée sur le marché des concurrents du groupe considéré, de façon à réserver, en pratique, toute cession à un autre exploitant de ce groupe, à un prix relativement indécent, révélant une « barrière à la sortie » de l'exploitant.

Or, les clauses de préférence, éventuellement associées à des clauses d'agrément ou de préemption permettent de considérer qu'une telle sortie est parce que difficile, anticoncurrentielle, indépendamment de la réponse donnée, par le droit des sociétés à la question de savoir si ces clauses constituent une entrave à la libre négociabilité des titres. Par ailleurs, ces mécanismes sociétaires sont consolidés par d'autres, de nature contractuelle (cf. supra). Ainsi, toute sortie « non autorisée » emporte un mécanisme de sanction financière assez lourde, imposant le paiement d'une pénalité et le retrait des remises et ristournes. Or cette pratique fut, en d'autres occasions, largement dénoncée par le Conseil de la concurrence, dans la mesure où un tel retrait est susceptible de provoquer une situation de revente à perte par le Centre sur des produits très concurrencés ⁽²⁰⁾. Dans ces autres occasions, la pratique est

²⁰ Cf. en dernier lieu : Déc. Cons. conc., 25 sept. 2003 *Texas Instruments*, LD nov. 2003 (décision confirmée par Paris, 21 sept. 2004 ; arrêt partiellement cassé, sur un autre point, par Com., 22 nov. 2005, LD déc. 2005 et le premier « jeu » de décisions dans une affaire *Philips* à rebondissements : Déc. Cons. conc. 6 déc. 1988, n°88-D-47, Rec. Lamy, n° 342, Comm. J. Calvo; Confirmé par Paris 28 juin 1989, BOCCRF 14 juillet 1989, p.171; LD, 1989/7-8; Gaz. Pal. 9 déc. 1989, note J.-P. Marchi, pourvoi rejeté par Com.5 février 1991 LD, 1991/3; D.1991, IR, 65. La même affaire était portée dans les mêmes termes devant les autorités pénales, qui rendirent des solutions sur les mêmes fondements (T.Corr. Nanterre 19 avril 1988 inédit; Versailles 16 mars 1989 LD, 1989/5; Gaz.Pal. 7-8 juillet 1989, p.15, Réquisitions B. Challe; Crim 5 novembre 1990 LD, 1991/3; RJDA 1991, n°39, p.50; D.1991, IR, 10; JCP éd.E, 1991, IV, 58. Relevons la formule de l'arrêts de la Cour d'appel de Versailles du 16 mars 1989 : « (En) donnant un caractère conditionnel à la quasi-

dénoncée dans la mesure où elle conduit à des pratiques de prix imposées. Ici la suppression des ristournes, à titre de clause pénale, rend plus difficile, plus coûteuse, la sortie du groupe de distribution. Du point de droit civil, ces clauses sont valables, sauf à obtenir leur réduction, parfois importante. Du point de vue du droit de la concurrence, elles conduisent à identifier un coût inutile de sortie.

13. – Si l'on observe alors l'ensemble contractuel et sociétaire du point de vue du droit de la concurrence, la situation est à bien des égards assez similaire à l'affaire dites des « cuves », bien connue des spécialistes. Les distributeurs d'essence, liés par un contrat d'approvisionnement exclusif, recevaient des cuves de leur fournisseur à titre de prêt à usage mais si le distributeur décidait de résilier le contrat de distribution ou de ne pas le renouveler, pour changer de fournisseur, le fournisseur-prêteur exigeait la restitution des cuves, en nature. Or, les distributeurs constataient que, une fois utilisées, ces cuves ne valaient plus grand chose, alors que pour les restituer, il fallait les déterrer, travaux coûteux accompagnant la fermeture de la station-service et racheter une autre cuve pour exécuter un nouveau contrat avec une nouvelle compagnie pétrolière (à moins qu'elle ne la lui prête à son tour). Aussi les distributeurs proposaient une restitution par équivalent ou en valeur de ces cuves. Saisies en premier lieu, les juridictions civiles n'admirent pas le principe de la restitution par équivalent en raison d'une considération purement civiliste de l'obligation du contrat de prêt : l'emprunteur à usage doit restituer la chose elle-même ⁽²¹⁾. A l'inverse, les autorités de concurrence avaient annulé ces clauses ⁽²²⁾. En substance, le Conseil de la concurrence considérait que, en imposant un coût artificiel à la sortie d'un réseau, la clause constituait un effet anticoncurrentiel par restriction à l'accès à un marché en renchérissant le coût de cet accès.

On peut assez aisément transposer cette solution au montage ici observé, dans la mesure où si chaque élément du puzzle peut, avec quelques réserves ici ou là, être considéré comme valable pris isolément,

totalité de ses ristournes (y compris une prime de coopération dont l'arrêt dit par ailleurs que tout en étant accordée sur facture elle restait assujettie à la clause litigieuse) le prévenu se donnait les moyens de prévenir, de la part de ses distributeurs toute revente au dessous du prix facturé, ainsi indirectement imposé comme prix minimum, voire dans le cas contraire de le constituer en infraction (de revente à perte)».

²¹ Cf. Com. 7 déc. 1993, Bull. civ. IV, n° 461.

²² Déc. Cons. conc., n°87-D-34, 29 sept. 1987, Rec. Lamy, n°293, obs. V. Sélinsky confirmé par Paris, 5 mai 1988, Boccrf, 11 mai 1988.

la considération de l'ensemble par des règles dont l'objectif est précisément de donner une – autre – vision d'ensemble, celles du droit de la concurrence, permet de faire ressortir l'effet *a priori* anticoncurrentiel qui en résulte : il est très difficile et en toute hypothèse très coûteux pour le membre de l'un de ces réseaux de distribution de sortir du réseau tout en valorisant le résultat de son activité.

Il semble alors qu'une telle analyse globale du puzzle par le truchement des règles du droit de la concurrence, permettrait, peut-être, de clarifier la situation de ce montage juridique d'une grande efficacité, jusqu'ici du moins, de manière soit à pérenniser cette efficacité, alors considérée comme légitime, et ce n'est plus d'autopsie dont il faudrait parler, mais de photographie, ou bien, tout au contraire, pour restituer aux dirigeants actionnaires majoritaires d'une société exploitant un centre de distribution, quel qu'il soit, tout en respectant les obligations raisonnables que les conventions qui le lient à un groupe de distribution lui imposent, une certaine liberté de cession de ses titres et peut-être, ce faisant, de fluidifier un peu ce marché ; mais c'est alors bien d'autopsie d'un corps juridique dont il s'agirait.