

# Distribution - Droit de la distribution - Chronique Chronique sous la direction de Daniel Mainguy et Jean-Louis Respaud et Stéphane Destours

Document: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 6-07, 9 Février 2017, 1079

---

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 6-07, 9 Février 2017, 1079

## Droit de la distribution

Chronique Chronique sous la direction de Daniel Mainguy Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

et Jean-Louis Respaud Maître de conférences à la Faculté de Droit d'Avignon

et Stéphane Destours Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier

### DISTRIBUTION

[Accès au sommaire](#)

La présente chronique couvre la jurisprudence de l'année 2015-2016, marquée, d'une part, par l'entrée en vigueur de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015, notamment en ce qui concerne l'instauration d'un nouveau titre 4 du livre 3 du Code de commerce intitulé « Des réseaux de distribution », et, d'autre part, par l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats.

#### 1. Les contrats de distribution

##### A. - Droit commun des contrats de distribution

###### 1. - Information précontractuelle : fin de l'erreur sur la rentabilité et effet de la réforme du droit des contrats

? - Sur le fondement de l'article L. 330-1 du Code de commerce, le distributeur, un franchisé le plus souvent, cherche à remettre en question la validité du contrat conclu, ce qui suppose de démontrer, d'une part, que son consentement a été vicié (V. **Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-15.052 :JurisData n° 2015-020582**) et, d'autre part, que le fournisseur a manqué à une obligation d'information. En d'autres termes, la loi Doubin n'est pas à l'origine d'un vice spécial du consentement et la charge de la preuve pèse sur le distributeur. Sur ce dernier point, l'article 1112-1, alinéa 4 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats, pourrait peut-être changer les choses. En effet, ce dernier dispose qu'« *Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* », renversant, de ce point de vue, la jurisprudence traditionnelle, pourtant retenue en matière médicale (*Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 : JurisData n° 1997-000781 ; Bull. civ. I, n° 75 ; JCP 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney ; RTD civ. 1997, p. 434, obs. P. Jourdain*) à moins toutefois que la jurisprudence considère que la loi Doubin, par son caractère spécial, excepte les règles du Code civil (comp. *C. civ., art. 1105*). La qualité de l'information fournie, à supposer qu'elle ne constitue pas un dol ou une erreur, notamment sur la rentabilité de l'entreprise exploitée (comp. *Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : JurisData n° 2011-021604 ; JCP G 2012, 135, J. Ghestin ; D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 577, obs. N. Ferrier ; RDC 2012, p. 9, note Th. Génicon. - Adde D. Mainguy, L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise : RLDC 2012, n° 4876. V. aussi, Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047 : JurisData n° 2012-012846 ; D. 2012, p. 2079*) qui permet, éventuellement, de faire peser, sur l'un, ou sur l'autre, l'hypothèse, sans mauvaise information précontractuelle ni mauvaise exécution du contrat par le distributeur, la charge de l'aléa économique dans l'exploitation d'un point de vente, la question de savoir si un « budget prévisionnel » doit, ou non être fourni par le franchiseur se pose régulièrement en jurisprudence. Traditionnellement, lorsqu'un tel prévisionnel n'est pas fourni, aucune sanction n'est

envisagée, sauf erreur sur la rentabilité, du fait de l'absence explicite d'exigence dans l'article R. 330-1 du Code de commerce. En revanche, si un tel prévisionnel est fourni, ou que le franchiseur participe à son élaboration, il doit être sérieux. Il suffit d'ailleurs qu'il soit sérieux, comme le démontre, avec sévérité, l'arrêt du 17 mars 2015, qui est la suite de l'arrêt de 2011, après renvoi (**Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24.853 ; JurisData n° 2015-006037 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 148**). En l'espèce, le franchiseur avait participé à l'élaboration d'un tel prévisionnel, alors que les résultats réels s'étaient révélés à hauteur de 30 % du prévisionnel. L'écart considérable avait justifié l'annulation du contrat par les juges du fond, solution « confirmée » par la Cour de cassation car le distributeur « avait été déterminé à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié ». Il existe plusieurs manières d'interpréter l'arrêt. Ainsi, celui-ci ne reprend pas la formule de « l'erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise », qui avait frappé les esprits dans l'arrêt du 4 octobre 2011, quand bien même la formule était citée dans les moyens du pourvoi, ce qui pourrait laisser penser qu'elle est abandonnée (comp. *S. Regnault, L'étude prévisionnelle fantaisiste fournie par le franchiseur vicie le consentement du franchisé : AJCA 2015, p. 286*). On pourrait cependant considérer que la Cour entend se fonder sur la question du critère du « sérieux » du prévisionnel proposé, dont la qualité dépend, dans l'arrêt de 2015, du caractère réalisable ou non réalisable des résultats annoncés. La différence entre le critère de « l'erreur substantielle sur la rentabilité » et celui du caractère « réalisable » du prévisionnel n'est pas neutre. En effet, dans l'arrêt de 2015, le manque de sérieux est en outre aggravé par des erreurs d'analyse du franchiseur, d'une part, et, surtout, le caractère « réalisable » du prévisionnel dépend ou bien du savoir-faire transmis, ou bien des diligences du franchisé dans sa mise en œuvre, dont l'appréciation pourrait d'ailleurs diverger selon l'appréciation du juge saisi. En revanche, cette nouvelle formulation laisse vierge le traitement de la question de l'aléa dans la réalisation effective de l'activité franchisée : le savoir-faire est efficace, le franchisé est diligent, mais l'exploitation du contrat de franchise ne produit pas les résultats escomptés. L'arrêt de 2011 permettait de saisir cet aléa, au profit du franchisé, par son traitement par l'erreur, tandis que l'arrêt de 2015 ne le permet, semble-t-il, plus.

#### D. Mainguy

**2. - Information précontractuelle et responsabilité civile délictuelle.** - Si la violation de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne constitue pas nécessairement un vice du consentement susceptible d'emporter l'annulation du contrat (*Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906 : Bull. civ. IV, n° 71 ; JurisData n° 1998-000524 ; JCP E 1998, p. 894, obs. L. Leveneur*), en revanche, elle peut caractériser une faute au sens de l'article 1240 du Code civil (V. en ce sens, *Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.980 : Bull. civ. IV, n° 15 ; JurisData n° 2010-051188*. - *Cass. com., 25 sept. 2007, n° 05-20.922 : JurisData n° 2007-040545 : D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit de la distribution : JCP E 2008, 1638, § 1*). Articulation préservée par la réforme du droit des contrats puisque le nouveau Code civil prend la précaution de bien distinguer l'information précontractuelle (*C. civ., art. 1112-1*) des vices du consentement (*C. civ., art. 1130 et s.*). D'ailleurs l'article 1112-2 du Code civil dispose que : « *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ». Cette relation entre information précontractuelle et responsabilité civile délictuelle a été à plusieurs reprises mise en lumière par la Cour de cassation durant l'année 2016. D'abord, par pas moins d'une dizaine d'arrêts rendus le 5 janvier 2016 à propos d'un réseau de franchise de distribution de produits d'assurances. Il s'agissait de franchisés ayant allégué, dans un premier temps, un vice du consentement pour violation de l'article L. 330-3 du Code de commerce pour défaut de communication d'un état du marché local, puis demandé l'indemnisation de leur préjudice. Parmi ces arrêts, plusieurs font grief aux décisions d'appel d'avoir refusé réparation au motif que les fonctions d'agent général exercées par différents franchisés depuis de longues années leur permettaient d'avoir une bonne connaissance dudit marché local. La Cour considère au contraire « qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi l'expérience du franchisé, acquise dans le seul secteur de l'assurance, était suffisante pour lui

permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » (**Cass. com., 5 janv. 2016, notamment n° 14-15.703, 14-15.700, 14-15.706, inédits** ; pour un commentaire des autres arrêts rendus le même jour, V. M. Malaurie-Vignal, *Le détricotage de la loi Doubin : Contrats, conc. consom. 2016, comm. 65*). Est donc reproché aux juges d'appel de ne pas avoir démontré en quoi l'expérience de ces candidats à la franchise écartait la réalisation d'un préjudice du fait de la faute commise par le franchiseur. Ensuite, dans un arrêt encore plus récent du 21 juin 2016 intervenu à propos d'une franchise de restauration qui mérite d'être rapproché des précédents. Au visa de l'article 1382 du Code civil, aujourd'hui l'article 1240, la Cour reproche aux juges d'appel d'avoir limité le montant de la réparation du fait du manquement du franchiseur à son obligation d'information précontractuelle, en raison de la part d'autonomie et d'initiative du franchisé dans la gestion de son affaire pourtant après avoir relevé qu'il n'avait pas commis de faute de gestion. Selon la Cour « en se déterminant ainsi, sans constater le caractère fautif de cette gestion, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (**Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10.028, inédit : JurisData n° 2016-012274**). Dans cette espèce, la Cour ne se situe plus, en amont, quant à la réalisation ou non d'un préjudice, mais plus en aval, au stade de l'éventuelle exonération de l'auteur, généralement partielle, du fait de la victime. Cette seconde approche nous semble moins convaincante. En effet, la question n'est pas, à notre sens, tant de savoir si le franchisé a pu contribuer à la réalisation du préjudice par sa propre faute que de savoir si son expérience et/ou son autonomie de gestion n'écartaient pas *a priori*, en totalité ou en partie, la réalisation, l'existence d'un préjudice consécutif au manquement à l'information précontractuelle (rapp. *Cass. com., 16 mai 2000, n° 97-16.386 : JCP E 2001, p. 269*).

## J.-L. Respaud

**3. - Respect de l'exclusivité territoriale.** - L'une des principales difficultés spécifiques des contrats impliquant une exclusivité, du contrat de concession commerciale au contrat de franchise de distribution de marchandises, y compris les contrats d'enseigne de la grande distribution, repose sur les problèmes posés par le jeu des mécanismes d'exclusivité. Il peut s'agir de la question de la durée, alors qu'on ne souligne peut-être pas suffisamment que les règles des articles L. 330-1 et L. 330-2 du Code de commerce ne sont pas d'application universelle, mais cantonnées aux ventes ou aux baux de biens meubles corporels, ou, depuis 1971, aux contrats-cadres impliquant la conclusion de tels contrats d'application. Hors de ces situations, ces règles, limitant la durée de l'exclusivité à dix ans, s'appliquent-elles ? En toute hypothèse, les règles nouvelles des articles 1217 et suivants du Code civil, notamment sur la question de la perpétuité d'une durée, voire sur l'appréciation du caractère déséquilibré d'une telle clause (*C. civ., art. 1171*), voire sur la proportionnalité d'une clause excédant cette durée avec la protection des intérêts du créancier d'exclusivité, devraient utilement permettre de donner des réponses à la question de la durée des clauses d'exclusivité dans des contrats autres que ceux expressément ou implicitement prévus par l'article L. 330-1 du Code de commerce. Il peut s'agir également de la question du respect de l'exclusivité ou, de manière indirecte, de la « police de l'exclusivité » que, en principe, le concédant devrait pouvoir faire respecter (*Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752 : JurisData n° 2007-037496 ; JCP E 2008, 1638, n° 3, obs. D. Mainguy. - Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919 : JurisData n° 2004-025481*). Cette police suppose alors que le concédant, la tête de réseau de manière plus globale, mette en œuvre toutes les procédures, contractuelles ou non contractuelles, permettant de sanctionner le concessionnaire qui ne respecterait pas l'exclusivité d'un autre concessionnaire. Du point de vue de l'application des règles du droit des contrats, cette situation apparaît assez simple : le concessionnaire dont le territoire est violé par un autre concessionnaire impuni pourrait invoquer le manquement du concédant à son obligation d'assistance, déclinée en obligation d'assurer la discipline de l'exclusivité. En revanche, cette présentation contractuelle ne peut ignorer la pesanteur concurrentielle que cette question implique, et notamment la distinction entre « *ventes passives* » et « *ventes actives* ». Ainsi, le concédant ne pourrait reprocher à un concessionnaire que des ventes passives aient gêné un autre concessionnaire (il s'agirait d'un consommateur d'un territoire, qui en ignore d'ailleurs tout, qui achèterait à un concessionnaire d'un autre territoire : le contrôle de telles ventes passives impliquerait que le

concedant impose à chaque concessionnaire qu'il refuse de vendre à des consommateurs provenant des territoires de ses voisins, provoquant une exclusivité territoriale absolue, impliquant le retrait de l'exemption assurée par le règlement n° 330/2010 (*Comm. UE, règl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101, § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 4 : JOUE n° L 102, 23 avr. 2010, p. 1*). En revanche, le contrôle des « ventes actives » (par l'interdiction faite à un concessionnaire de démarcher les clients d'un territoire qui ne lui a pas été attribué) est apprécié de manière moins stricte par les règles du droit de la concurrence. C'est cette appréciation que la Cour de cassation utilise dans un arrêt du 20 septembre 2016 : « il appartient au fournisseur de faire respecter l'exclusivité qu'il a concédée, la cour d'appel, qui a constaté que des employés de l'entreprise tierce participaient au montage de pneumatiques à l'aide d'une camionnette portant l'indication Point S dans la zone territoriale réservée à M. X, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations » (**Cass. com., 20 sept. 2016, n° 13-15.935 : JurisData n° 2016-018922 ; JCP E 2016, act. 787 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 254**).

**4. - Rupture d'un contrat de distribution.** - Commençons par la fin et la question de l'indemnisation comme suite de la rupture d'un contrat, avec le cas, atypique d'une demande d'indemnisation à la suite d'une résiliation amiable. On peut s'attendre à ce que ce caractère amiable produise des effets aimables, sauf si le fournisseur, en l'espèce un franchiseur, demande ensuite le paiement de factures et que, en retour, le franchisé demande paiement d'indemnités pour pertes subies et du fait de l'inexécution de ses obligations. Une cour d'appel avait débouté le franchisé et admis les demandes du franchiseur, solution que dément la Cour de cassation (**Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-24.709 : JurisData n° 2016-009965 ; JCl. Procédure civile, synthèse 230**). D'une part, le franchiseur ne prouvait pas l'existence des factures par d'autres moyens que ses propres factures, donc des preuves faites à soi-même (règle aujourd'hui intégrée à l'article 1363 du Code civil), mais, d'autre part, et surtout, « à défaut de stipulation en ce sens, la résiliation amiable du contrat, qui ne valait pas renonciation [du franchisé] à l'action en responsabilité qu'il pouvait engager contre [le franchiseur], n'interdisait pas au franchisé d'obtenir réparation du préjudice résultant de manquements commis antérieurement par le franchiseur ». La solution devrait encourager les résiliations amiables à le demeurer, ou bien à se solder par des accords transactionnels. La question demeure, cependant, centrée autour de l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui, à défaut de texte dans le Code civil, jusqu'au 1er octobre 2016, sert de fondement légal à la plupart des actions en rupture d'un contrat d'affaires, ce qui explique la multitude de décisions qui en résulte, eu égard au plan originel qui était de sanctionner le déréférencement abusif. Observons, en effet, que le Code civil comprend désormais un article 1211 qui dispose que « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». La différence avec l'article L. 442-6, I, 5° pourrait sembler ténue, sauf pour ce qui est du respect du délai contractuel, si le régime de responsabilité associé à ce dernier texte demeure le régime de responsabilité extracontractuelle, qui exclut, par hypothèse, les clauses du contrat (pour une critique : *D. Mainguy, la nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse à résoudre : D. 2011, p. 1495*), à moins que le régime de l'article 1211 ne soit aligné sur le régime de l'article L. 442-6, I, 5° à savoir que le délai doit être raisonnable, qu'il soit celui prévu dans le contrat ou celui qui aurait dû être prévu. Sauf également s'agissant des complications substantielles et processuelles liées à la mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Rappelons en effet que la relation doit être établie (**Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14.687 : JurisData n° 2015-019547 : Contrats, conc. consom. 2015, comm. 228, N. Mathey**), que la rupture doit être brutale, ou inattendue, c'est-à-dire qu'elle ne résulte pas de l'ouverture d'une procédure d'appel d'offres par exemple pour renouveler ou poursuivre une relation contractuelle (**Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-25.397, inédit. - Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-18.228 : JurisData n° 2015-027562 ; Contrats, conc. consom. 2016, 1201, N. Mathey**) ou d'une procédure de renégociation (**Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-17.657, inédit : JCl. Commercial, synthèse 50**), ou encore qu'elle ne résulte pas d'un comportement de celui qui subit la rupture, comme un changement de comportement, faisant perdre un droit à des ristournes (**Cass. com., 19 janv. 2016, n° 14-24.687, inédit**), ou que le doublement du délai, « lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur » ne s'applique pas à la rupture d'un contrat de concession commerciale (**Cass. com.,**

25 nov. 2015, n° 14-24.672, inédit), ou encore que le délai de préavis de l'article L. 442-6, I, 5° n'est pas influencé par les règles d'un règlement d'exemption comme le règlement n° 1400/2002, qui n'établit aucune prescription contraignante, mais simplement par l'ancienneté des relations entre les parties (**Cass. com., 5 juill. 2016, n° 15-17.004** : *JurisData* n° 2016-013672 ; *JCP E* 2016, 1478). Plus originale est l'hypothèse dans laquelle des franchisés (de restauration) rompent leurs relations avec un prestataire de services chargé du suivi des fournisseurs à l'initiative de la tête de réseau : la rupture est alors imputable à cette dernière, « les filiales et franchisés n'avaient disposé d'aucune autonomie dans la décision de nouer des relations commerciales avec [la victime de la rupture] puis dans celle de les rompre » (**Cass. com., 5 juill. 2016, n° 14-27.030** : *JurisData* n° 2016-013947 ; *JCP E* 2016, 1599). Enfin, l'action doit être portée devant la juridiction compétente, dans les conditions de l'article D. 442-3 du Code de commerce ou, en appel devant la cour d'appel de Paris, situation qui emporte de nombreux éléments de complexité (comp. § 14).

#### D. Mainguy

**5. - Rupture brutale : maintien de la relation commerciale établie aux conditions antérieures pendant le préavis et préjudices indemnisables.** - Un fournisseur met fin au contrat le liant à l'un de ses distributeurs en respectant un préavis mais en assortissant la rupture de la perte de l'exclusivité territoriale dont bénéficiait le distributeur en question. Le respect de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoyant un préavis suffisant pour la rupture d'une relation commerciale établie suppose-t-il le maintien de ladite relation aux conditions antérieures ? La réponse de la Cour de la cassation, à l'instar de celle de la cour d'appel, est sans surprise : « (...) sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures » (**Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414, F-P + B** : *JurisData* n° 2015-002352 ; *JCP E* 2015, 1128 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 89, N. Mathey). Au-delà de cette formule parfaitement claire, l'intérêt de cet arrêt de rejet réside également dans l'approbation par la Cour de la motivation tout aussi claire et convaincante retenue par les juges d'appel. Ceux-ci avaient considéré que le délai de préavis avait été privé de son intérêt par la décision concomitante de retrait de l'exclusivité territoriale avec effet immédiat pour l'un des départements et à effet différé pour les autres, plaçant le distributeur évincé dans l'impossibilité de mettre à profit le préavis pour se réorganiser. En effet, le préavis requis par le législateur a pour objectif d'assurer la reconversion du cocontractant éconduit. Rappelons que c'est notamment en raison du respect d'un préavis suffisant que la Cour de cassation a, par plusieurs fois, écarté toute obligation du concédant d'assister son concessionnaire lors de la rupture (**Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093** : *JurisData* n° 2002-014206 ; *Bull. civ. IV*, n° 81 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 134. - V. à propos de cet arrêt, J.-L. Respaud, *Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé* : *CDE* 2002/5, p. 19. - **Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338** : *JurisData* n° 2004-025096 ; *Bull. civ. IV*, n° 181 ; *JCP E* 2014, 1063. - V. à propos de cet arrêt, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Refus d'agrément et circonstance de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ?* : *RDLC janv.* 2005, n° 478. - **Cass. com., 31 janv. 2006, n° 03-13.739** : *JurisData* n° 2006-032101. - *Rapp. Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952* : *Bull. civ. IV*, n° 148 ; *JurisData* n° 2013-021970 ; *JCP E* 2014, comm. 1063, D. Mainguy et J.-L. Respaud). Selon la formule consacrée par ces arrêts, le préavis doit être « propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion », dès lors il est indispensable que l'économie du contrat ne soit pas bouleversée lors du préavis, à défaut ce préavis serait « vidé de sa substance » (J.-C. Grall et G. Mallen : *RLC* 2015, n° 2855). Toutefois la Cour a pris la précaution de préciser « sauf circonstances particulières ». Mais alors quelles sont ces circonstances particulières ? Selon Nicolas Mathey, il peut s'agir soit de la faute du distributeur, hypothèse évoquée à l'occasion de l'arrêt en question, soit de circonstances économiques graves (N. Mathey, *L'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures* : *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 89, préc.). Mais ces circonstances particulières peuvent-elles résulter des dispositions contractuelles ? Autrement dit, le contrat peut-il prévoir que durant le préavis il pourra être substantiellement modifié ? Deux récents arrêts de la cour d'appel de Paris permettent de s'interroger

de la sorte. La cour d'appel en question n'a pas vu de difficulté à ce qu'un contrat de concession de tracteurs agricoles prévoit la possibilité pour le concédant d'écarter les exclusivités de marque et territoriale en cours de préavis : « l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux dispositions contractuelles ayant lié les parties constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis en cas de rupture du contrat et n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et n'est donc pas assimilable à une rupture brutale des relations commerciales. Cette clause acceptée par les parties lors de la signature du contrat de concession ne crée pas un déséquilibre significatif entre les parties dès lors que chacune d'elle en a tiré bénéfice » (**CA Paris, pôle 5, ch. 10, 9 nov. 2016, n° 15/10249**. - V. dans le même sens, **CA Paris, pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2016, n° 13/11338** : *JurisData* n° 2016-000520 ; *Contrats, conc. consom. 2016, comm. 97, N. Mathey*). Si, comme le souligne la cour d'appel, la levée de l'exclusivité de marque ne nuit évidemment pas à la reconversion du concessionnaire évincé, en revanche le priver du bénéfice de l'exclusivité territoriale est lourd de conséquence. En effet, pourtant encore soumis à toutes les contraintes du contrat de concession, ce concessionnaire est privé de leur contrepartie, à savoir son territoire exclusif et ce, alors même qu'il doit, en sus, organiser sa reconversion. Certes, la Cour de cassation a admis que les parties peuvent « convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale » (*Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21.363* : *Bull. civ. IV, n° 186* ; *JurisData* n° 2014-031322) mais elle a pris la précaution de rappeler au préalable que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation ». De sorte que, si l'aménagement des modalités de la rupture est possible, il ne peut s'agir de bouleverser l'économie du contrat ni d'en modifier la substance. Or, tel était pourtant bien le cas s'agissant de la privation de l'exclusivité territoriale d'un contrat de concession (*C. Champaud, La concession commerciale* : *RTD com. 1963, p. 454*). À suivre...L'arrêt du 10 février 2015 est également intéressant quant au préjudice réparable. Outre la marge brute relative aux mois de préavis manquant, la cour d'appel avait alloué réparation au partenaire évincé pour des frais de déplacement et de formation de salariés occasionnés par la recherche de nouveaux fournisseurs. La Cour considère au contraire qu'il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce que « seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même » (*Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414, préc.* - V. dans le même sens, *Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-20.846* : *JurisData* n° 2013-011878 ; *Contrats, conc. consom. 2013, comm. 189, note N. Mathey*). C'est très précisément ce qu'a rappelé un autre arrêt récent. Cet arrêt casse une décision d'appel ayant accordé réparation car la perte de la vente des véhicules neufs induit nécessairement une diminution des recettes au titre de l'activité après-vente aux motifs « qu'en statuant ainsi, alors que seul le préjudice causé par le caractère brutal de la rupture doit être indemnisé et non celui résultant de la rupture elle-même, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (**Cass. com., 5 juill. 2016, n° 15-17.004, préc.** : *Contrats, conc. consom. 2016, comm. 212, N. Mathey*). Il existe, en effet, une liberté de rompre une relation commerciale même établie dès lors que cette rupture n'est pas brutale. Seule cette brutalité est blâmable.

**J.-L. Respaud**

## **B. - Règles spéciales des contrats de distribution**

### **1° Les contrats de distribution en réseau**

**6. - Contrat de franchise : éléments d'actualité.** - Pot-pourri de décisions, outre celles intéressant l'information précontractuelle due au franchisé (V. § 1) ou des rappels élémentaires, comme le fait qu'un contrat de franchise, non signé par le franchisé, mais exécuté par ce dernier est, évidemment, valable et efficace ou encore, ce qui était moins évident, qu'un changement d'enseigne, par le franchiseur, n'emportant aucun investissement lourd, sans modification de contenu n'est pas un manquement par le franchiseur à ses obligations (**Cass. com., 19 janv. 2016, n° 14-16.272, inédit**). Très curieux est le communiqué de la DGCCRF sur les pratiques commerciales dans la restauration rapide et à thème en franchise du 8 mars 2016 qui établit une liste, sur la base de 12 contrats étudiés, de clauses «

déséquilibrées » pour ne pas dire abusives, au sens de l'article 1171 du Code civil ou de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Plus intéressante est la solution rendue par la cour d'appel de Limoges rendue le 5 novembre 2015 (**CA Limoges, 5 nov. 2015, n° 13/01241** : *JurisData* n° 2015-027362 ; *AJCA*, 2016, p. 96) portant sur l'obligation de « soutien » du franchiseur au franchisé, plus communément désignée comme une obligation d'assistance. On sait en effet que si on considère en général qu'un contrat de franchise suppose une marque (ou des signes distinctifs), un savoir-faire et une obligation d'assistance, la jurisprudence n'est, finalement, pas très exigeante sur les deux premiers critères : il n'est pas nécessaire que la marque soit notoire ou même simplement connue et les exigences du savoir-faire sont minimales, secrètes, substantielles, identifiées, et on pourrait ajouter expérimentées (rentable ?, V. § 1), mais sans qu'une exigence d'originalité forte soit imposée. Reste donc l'obligation d'assistance, qui se manifeste par divers éléments d'information, notamment sur l'évolution du savoir-faire, sur des visites, des conseils, d'animation du réseau, etc., et notamment en cas de difficultés rencontrées par le franchisé. Or, la cour de Limoges considère en premier que cette obligation est essentielle et que sa violation, notamment en raison de sa gravité, justifie la résiliation du contrat aux torts du franchiseur (comp. **CA Lyon, 1er oct. 2015, n° 13/06572** : *JurisData* n° 2015-021899). Ainsi encore, la clause de non-concurrence post-contractuelle, presque systématique dans ces contrats, eu égard notamment à la faveur qu'accordent les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne (*Comm. CE, règl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, art. 5, préc.*), obéit, pour sa validité, à un contrôle de proportionnalité. L'obligation de non-concurrence doit, en effet, être proportionnée aux intérêts légitimes que le franchiseur cherche à protéger. N'est pas proportionnée, par exemple, la clause qui interdit à un franchisé d'exercer son activité antérieure dans ses locaux mais également dans les départements voisins, quand bien même l'ancien franchisé exerce, ensuite, cette activité dans ses anciens locaux (**Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-23.261** : *JurisData* n° 2016-006016 ; *JCP E* 2016, 1223, note N. Dissaux). Sans doute aurait-on pu considérer que l'ancien franchisé avait, en toute hypothèse, violé la clause qui, si elle s'était limitée aux anciens locaux, aurait été valable. Ce serait toutefois admettre que le juge peut limiter l'ampleur de la clause et, ce faisant, donner une prime aux rédactions élargies, le débiteur de non-concurrence supportant le poids de son ignorance ou du coût de l'accès à la justice. De ce point de vue, et indépendamment de l'application en l'espèce de la solution, cette rigueur est parfaitement bienvenue, ne serait-ce que pour inciter les rédacteurs de contrats à prendre la mesure de l'importance de la jurisprudence (comp. *Cass. com., 12 mars 2002, n° 99-14.762* : *JurisData* n° 2002-013658 ; *D.* 2003, p. 903, obs. N. Dorandeu).

**7. - Contrats de la grande distribution : loi Macron.** - La loi du 6 août 2015 (**L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques**, art. 31 : *JO* 7 août 2015, p. 13537 ; V. notamment *JCP E* 2015, 1403 à 1419) a introduit un titre V dans le livre III du Code de commerce intitulé « des réseaux de distribution commerciale » qui concerne principalement les réseaux formés de contrats de la grande distribution et, incidemment, de contrats de franchise (comp. *D. Mainguy, Premières vues sur le droit français nouveau des réseaux de distribution* : *JCP E* 2015, 1579), constitué des articles L. 341-1 et L. 341-2 du Code de commerce, adopté en suite de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 (*Aut. conc. n° 10-A-26, 7 déc. 2010* : *JCP E* 2010, act. 678. - Comp. *D. Mainguy, sous dir., La crise du contrat de franchise* : *Lextenso*, 2014). On retiendra notamment le principe de l'indivisibilité légale des contrats ayant pour but commun l'exploitation d'un de ces magasins et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale, par le fait que ceux-ci « prévoient une échéance commune » et que « la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats » (*C. com., art. L. 341-1, al. 1*). Moins évident est le champ d'application de ce texte qui, derrière la formule sibylline de l'article L. 341-1, alinéa 2 du Code de commerce, semble viser tous les réseaux de contrats de franchise. En outre, sont réputées non écrites les clauses qui restreignent la liberté d'exercice de l'activité de l'exploitant, sauf exceptions, dont la rédaction est voisine de celle du règlement n° 330/2010 (*Comm. CE, règl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, préc., art. 5*), prévues par l'article L. 341-2, II du Code de commerce, dont le fait que la clause (de non-concurrence notamment) concerne les biens ou services en concurrence avec ceux objet du contrat, est limitée aux lieux d'exercice de celui-ci, et est indispensable à la protection d'un savoir-faire. Tout l'enjeu de l'interprétation de l'article L. 341-2 consistera à vérifier que ce texte dépasse le champ prévisible de son application,

à savoir les clauses de non-concurrence et ses dérivées, vers les clauses de préemption, qui étaient l'un des objets principaux de l'avis de 2010.

**8. - Contrats de la grande distribution : le changement de contractant et l'affaire de la « pilule empoisonnée ».** - Le principal contentieux des contrats d'enseigne de la grande distribution repose sur les conditions, globalement organisées, de manière plus ou moins rigoureuse, dans ces contrats permettant à l'exploitant d'un point de vente de changer d'enseigne, à la fin d'un premier contrat. Il est vrai que les points de vente sont des « ressources rares », en toute hypothèse des « ressources chères », que les grandes enseignes cherchent à sécuriser, par diverses techniques dont les plus connues sont les mécanismes de préemption, que les règles de la loi dite Macron ont tenté, maladroitement, de réguler. Certaines de ces clauses empêchent par principe la cession d'un point de vente, tandis que d'autres valident, au contraire, cette cession, tout en proposant diverses clauses permettant à l'enseigne de se substituer au candidat cessionnaire. Ce type de construction contractuelle se heurte à de nombreuses difficultés. La première repose sur la difficulté pour son rédacteur d'anticiper sur les techniques de « cession » qui pourraient être utilisées par les parties. Une autre repose sur les conditions de cette cession, et notamment sur la nature de l'offre proposée par le cessionnaire. Par exemple, des clauses proposent des promesses unilatérales de cession ou des clauses permettent la substitution dans la situation contractuelle du cessionnaire pressenti, aux mêmes conditions, situation proche de celle d'un accord de préférence. Or, pour qu'une telle substitution puisse opérer, encore convient-il qu'elle soit possible. On pourrait considérer, ainsi, que l'exploitant du point de vente qui proposerait une cession à des conditions incompatibles avec les règles d'exploitation de l'enseigne serait une mauvaise exécution du mécanisme contractuel. Plus complexe est la situation dans laquelle le cessionnaire présente une offre incompatible, ce que l'on désigne, en pratique, comme une « pilule empoisonnée » : le cessionnaire formule une offre, l'exploitant débiteur de préférence l'adresse à l'enseigne, qui ne peut l'accepter en raison de cette incompatibilité, quelle qu'en soit la nature. Cette question a été l'occasion d'un litige entre les sociétés Carrefour et Casino dans lequel la première, créancière de préférence, avait été substituée dans les droits, issus d'une cession, de la seconde, cette dernière promettant la conclusion d'un contrat de gérance mandataire, statut non expérimenté par la première, le litige donnant lieu à un arrêt remarqué de la Cour de cassation du 4 novembre 2014 (*Cass. com., 4 nov. 2014, n° 12-25.419 : JurisData n° 2014-026561 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 33, M. Malaurie-Vignal*) dans lequel la Cour censurait, partiellement, l'arrêt d'appel faisant droit aux demandes de la société Carrefour, sur le fondement que la cour d'appel n'avait pas répondu à la demande visant à vérifier si le pacte de préférence (valable un an après la rupture du contrat) n'était pas une entente anticoncurrentielle, au sens où l'avis de l'Autorité de la concurrence dans son célèbre avis du 7 décembre 2010 (*Aut. conc. n° 10-A-26, 7 déc. 2010, préc.*) l'avait envisagé, c'est-à-dire en ce que la clause de préférence ne créait pas une restriction artificielle sur le marché du détail de la distribution alimentaire. Or la cour d'appel de Paris, sur renvoi, le 7 octobre 2016 (**CA Paris, 7 oct. 2016, RG n° 14/23965**), considère, comme les premiers juges, que l'adjonction d'une clause promettant la conclusion d'un contrat de gérant mandataire n'entraîne pas dans le périmètre visé par le pacte de préférence, de sorte que cela « équivalait à empêcher la société [Carrefour] d'exercer son droit de préférence, dès lors que le statut de gérant mandataire n'existe pas au sein du Groupe Carrefour ». Observant en outre que, en l'espèce, la clause de préférence ne constituait pas une restriction de concurrence au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, la cour de renvoi considère alors que l'exercice du droit de préférence était valable, pour ordonner la substitution du créancier de préférence dans les droits du cessionnaire. C'est, ici, une pierre assez considérable jetée dans le jardin de la critique des clauses de préemption. Si en effet l'avis de 2010 a jeté une suspicion majeure sur ces clauses, dans leur généralité, impression renforcée par les dispositions, même peu claires, de la loi dite Macron, leur efficacité, à supposer ces clauses valables après contrôle de concurrentialité, est renforcée par cette décision.

## 2° Les contrats de représentation

**9. - Loi applicable au contrat d'agence commerciale.** - La détermination de la loi applicable à un contrat d'agence commerciale obéit aux règles ordinaires du droit des contrats internationaux : principe d'autonomie des parties dans

le choix de la loi applicable au contrat en application des règles de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, très proche de celles du règlement Rome I n° 593/2008, conduisant à désigner la loi du représentant. Si donc les parties choisissent la loi française ou, à défaut de choix, si le représentant est français, les règles protégeant l'agent commercial en cas de rupture (*C. com.*, art. L. 134-12) s'appliquent. Ces règles, en effet, sont issues de la tradition jurisprudentielle et légale française et, techniquement, de la transposition de la directive du 18 décembre 1986. Si, en revanche, les parties choisissent une loi étrangère (et notamment celle d'un pays non membre de l'Union européenne ou d'un pays ne l'ayant pas transposée) ou que le représentant réside dans un état désignant l'une de ces lois, l'agent français se voit exclure de la protection promise par l'article L. 134-12 du Code de commerce. Cette situation assure, traditionnellement, un conflit entre l'ordre public interne et la logique du droit des contrats internationaux, éventuellement tempérée par la considération de l'article L. 134-12 comme une « loi de police », qualification qui emporte l'éviction des mécanismes de désignation de la loi applicable au profit de cette norme juridique, désignée comme une loi de police. Or, la Cour de cassation avait considéré, en 2000 (*Cass. com.*, 28 nov. 2000, n° 98-11.335 : *JurisData* n° 2000-007123 ; *JCP E* 2001, p. 997, note L. Bernardeau ; *CDE* 2001/2, p. 12, note J. Raynard ; *Dr. et patrimoine sept.* 2001, p. 109, obs. D. Mainguy) que la loi de 1991 (*C. com.*, art. L. 134-12) n'est pas une loi de police, solution résistant à celle de la Cour de justice qui, en assurant l'interprétation de la conformité des règles internes avec la directive de 1986, avait au contraire considéré que la loi de transposition de la directive était une loi de police dès lors que l'État membre le décidait ainsi (*CJCE* 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Ingmar*. - *CJUE* 17 oct. 2013, aff. C-184/12, *Unamar* : *JCP G* 2013, p. 1287, C. Nourissat ; *D.* 2014, p. 60, L. d'Avout, p. 893, obs. Ferrier et p. 1059, note Gaudemet-Tallon ; *RTD com.*, 2014, p. 457, obs. Delebecque ; *JDI* 2014, comm. 7, p. 625, J.-M. Jacquet). La Cour de cassation maintient cependant sa position : l'article L. 134-12 du Code de commerce n'est pas une loi de police (*Cass. com.*, 5 janv. 2016, n° 14-01.628, inédit : *JurisData* n° 2016-000020 : *AJCA* 2016, p. 162, note C. Nourissat).

#### D. Mainguy

**10. - Agence commerciale : faute grave de l'agent postérieure à la résiliation du contrat par le mandant.** - Un mandant résilie le contrat qui le lie à son agent commercial. Puis, assigné par celui-ci en paiement de l'indemnité de fin de contrat, prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce, il invoque la faute grave commise par ledit agent postérieurement à la résiliation. Rappelons que l'article L. 134-13 exclut le droit à l'indemnité prévue par l'article précédent lorsque « la cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial ». Le mandant reprochait à l'agent commercial son manquement à l'obligation de l'informer des événements susceptibles d'affecter sa situation financière et sa direction, obligation stipulée au contrat mais découlant également du devoir de loyauté particulièrement évident en matière de mandat d'intérêt commun. Les juges du fond refusèrent à l'agent commercial le droit à l'indemnité de fin de contrat. Ce dernier forma un pourvoi en cassation aux motifs que si l'indemnité n'est pas due lorsque la cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial, il appartient toutefois dans ce cas au mandant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute grave invoquée et sa décision de rompre le contrat, lien nécessairement inexistant lorsque le manquement invoqué ne lui a été révélé que postérieurement à ladite rupture. Par ailleurs, l'agent contestait que son manquement à une obligation d'information qualifiée d'accessoire puisse constituer une faute grave privative du droit à l'indemnité de fin de contrat au sens l'article L. 134-13 du Code de commerce précité. La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi : « Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que la société Allegro avait sciemment dissimulé à la société Fashion sa situation financière, qui était déjà très dégradée lors de la conclusion du contrat, puis sa mise en redressement judiciaire, en violation de l'obligation d'information essentielle dont elle était tenue à l'égard de son mandant et de l'obligation de loyauté requise des parties à un contrat d'agence commerciale, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit, par une appréciation souveraine de la volonté commune des parties, que la société Allegro avait commis une faute

grave privative de l'indemnité de cessation de contrat, peu important que la société Fashion, qui n'avait découvert ces manquements que postérieurement à la rupture des relations contractuelles, n'en ait pas fait état dans sa lettre de résiliation, dès lors que cette faute avait été commise antérieurement à la rupture ; que le moyen n'est pas fondé » (**Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-17.747, inédit** : *JurisData n° 2015-029144* ; *Contrats, conc. consom. 2016, comm. 35, note N. Mathey*). Ainsi, constitue une faute grave de l'agent commercial, au sens de l'article L. 134-13 du Code de commerce, le fait de dissimuler sciemment au mandant sa situation financière puis sa mise en redressement judiciaire, en violation de l'obligation d'information essentielle dont il était tenu à l'égard de son mandant et de l'obligation de loyauté requise des parties à un contrat d'agence commerciale. La décision ne surprend pas. En effet, est grave la faute de l'agent « qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel » (V. notamment *Cass. com., 9 juin 2015, n° 14-14.396* : *JurisData n° 2015-019548* ; *Contrats, conc. consom. 2015, comm. 230, note N. Mathey*. - *Cass. com., 15 oct. 2002, n° 00-18.122* : *Contrats, conc. consom. 2003, comm. 19, note L. Leveneur*). Mais la question de droit véritablement importante était de savoir si une faute de l'agent commercial dénoncée par le mandant après sa décision de rupture du contrat est susceptible d'écarter le droit à indemnisation prévu par la loi. Là encore, la réponse de la cour est affirmative. Rien de très étonnant s'agissant d'une jurisprudence constante. Peu importe que la faute soit découverte et dénoncée après la notification de la rupture dès lors qu'elle lui est antérieure (V. notamment, *Cass. com., 1er juin 2010, n° 09-14.115* : *JurisData n° 2010-008067* ; *RLDA 2010/52, n° 1, obs. M. Bourdeau*). Toutefois, la CJUE avait entre-temps rendu un arrêt dans une affaire Volvo du 28 octobre 2010 posant à peu près la même question mais retenant une réponse bien différente (*CJUE, 28 oct. 2010, aff. C-203/09* : *RLDA 2010/55, n° 5, obs. M. Bourdeau*. ; *N. Ferrier, Des limites à l'indemnisation de l'agent commercial* : *JCP E 2014, 1062*). Certes l'article L. 134-13 du Code de commerce n'exclut le droit à l'indemnité qu'à la condition que « la cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial ». Le lien de causalité s'impose et lorsque la décision de rupture est antérieure à la faute, il est difficile de prétendre que ladite faute est la cause de la rupture. Toutefois, au-delà de l'exégèse, il n'en demeure pas moins que la faute grave est bien antérieure à la rupture et que la loi admet que l'agent gravement fautif peut être, doit être, privé de son droit à indemnité.

## S. Destours

**11. - Contrat de distribution et droit social : gérant de succursale et dialogue social dans le réseau.** - Un contentieux, relativement discret, mais important, continue de se développer autour de l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail à des contrats de distribution, souvent à des contrats de franchise (comp. *D. Mainguy, Faut-il tuer le droit de la distribution ?* : *D. 2011, p. 1222*). Le premier cas est celui de l'appréciation des éléments posés dans l'article L. 7321-2 du Code du travail, justifiant la dépendance du franchisé, et notamment, outre l'agrément du local, la question de la liberté des prix de revente et des conditions de vente du distributeur, qui font de ce dernier, un simple agent d'exécution, et point un commerçant indépendant (ceci indépendamment de l'hypothèse, pire, dans laquelle les éléments d'un véritable lien de subordination peuvent être identifiés : comp. *Cass. soc., 18 janv. 2012, n° 10-16.342* : *JurisData n° 2012-000564* ; *Contrats, conc., consom. 2012, comm. 95, M. Malaurie-Vignal* ; *D. 2013, p. 732, obs. D. Ferrier*. - *Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-41.265* : *JurisData n° 2001-012007*). C'est notamment le cas lorsque le franchisé n'est pas libre de fixer ses prix de revente, qu'il s'agisse de prix minimum imposés ou conseillés ou de prix maximum (***Cass. soc., 14 avr. 2016, n° 14-21.881*** : *JurisData n° 2016-007071*), peu important, pour l'application des règles du Code du travail, de savoir si ces pratiques constituent, ou non, en outre une pratique prohibée par le Code de commerce ou les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne.

## D. Mainguy

**12. - Loi « Travail » et réseaux de franchise.** - L'article 64 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite loi Travail (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* : JO 9 août 2016, texte n° 3 ; JCP E 2016, 1470), crée une obligation pour les réseaux de franchise de mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble des franchisés du réseau : « I. - Dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau le demande, le franchiseur engage une négociation visant à mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des représentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur ». S'agissant du champ d'application, plusieurs conditions doivent être réunies. Il doit s'agir d'un réseau sous-tendu par « un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du Code de commerce ». Que faut-il entendre par cette formule ? L'applicabilité de la loi se limite-t-elle parmi les contrats de franchise aux seuls répondant aux conditions de l'article L. 330-3 du Code de commerce ou bien faut-il entendre que le législateur assimile à des contrats de franchise tous les contrats visés par ledit article ? Si la première interprétation semble d'un point de vue exégétique plu probable, l'absence de définition légale du contrat de franchise la rend difficilement applicable et légitime alors l'intérêt pour la seconde. Ensuite le contrat de franchise doit contenir « des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ». Toutefois, rares sont les contrats qui se mêlent de l'organisation du travail au sein de l'entreprise indépendante qu'est une entreprise franchisée. Les franchisés du réseau doivent employer au moins 300 salariés. S'agissant des réseaux connaissant différentes formes de distributeurs, devra-t-on retenir les salariés des seuls franchisés - avec la précédente question demeurant pendante : qu'est-ce qu'un franchisé ? - ou au contraire ceux de tous les distributeurs membres du réseau ? Enfin, la demande de constitution de l'instance de dialogue social doit être faite, à la demande, par une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau, ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau. Le franchiseur n'a donc aucune initiative à prendre ; tout au plus doit-il se tenir prêt. La mise en place et le rôle de l'« instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau » sont évoqués par le même article 64 de la loi Travail. La loi renvoie à la volonté des parties puisqu'elle précise : « (...) L'accord mettant en place cette instance prévoit sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation (...) ». Toutefois, ladite loi précise aussitôt que : « (...) défaut d'accord : 1° Le nombre de réunions de l'instance est fixée à deux par an ; 2° Un décret en Conseil d'État détermine les autres caractéristiques mentionnées au deuxième alinéa ». Le rôle et fonctionnement de l'instance en question sont ensuite un peu précisés : « (...) Lors de sa première réunion, l'instance adopte un règlement intérieur déterminant ses modalités de fonctionnement. Lors des réunions mentionnées au deuxième alinéa et au 1° du présent I, l'instance est informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés. Elle est informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté. L'instance formule, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale (...) ». S'agissant des modalités relatives aux moyens et frais relatifs à cette instance, elles sont précisées comme suit : « Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord ». Il est important de souligner qu'à défaut d'accord sur ces points, les coûts et frais ne pourront pas être mis à la charge du seul franchiseur. En effet, les dispositions initiales du projet

de loi prévoyant cette solution ont été déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-736 DC du 4 août 2016 (**Cons. const., déc. n° 2016-736 DC, 4 août 2016** : JO 9 août 2016, texte n° 8 ; JCP E 2016, act. 693). Il existe donc une incertitude si les parties ne parviennent pas à s'entendre quant à la prise en charge des coûts et frais. Pareille incertitude existe également, à notre sens, quant au devenir de l'instance en question. En effet, celle-ci a-t-elle vocation à être maintenue si le réseau de franchise est transformé en un réseau d'une autre nature, tel un réseau de concession ? Il nous semble évident que s'il s'agit d'un simple « habillage juridique », la solution du maintien va de soi. Ou encore, si le réseau de franchise concerné qui avait connu des effectifs salariés cumulés dépassant les 300 salariés connaît une baisse desdits effectifs en deçà de ce seuil ? La question est de savoir si ce seuil de 300 salariés est une condition d'existence et de pérennité de l'instance ou si, au contraire, il s'agit d'une sorte de seuil déclencheur qui emporterait création de l'instance, les effectifs pouvant exister par la suite étant alors indifférents. En outre, la loi Travail prévoit une procédure d'évaluation de la mise en œuvre et du fonctionnement de l'instance sociale : « *II. - Les organisations syndicales et les organisations professionnelles des branches concernées établissent un bilan de la mise en œuvre du présent article et le transmettent à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard dix-huit mois après la promulgation de la présente loi* ». Enfin, il est important de souligner que l'article 64 de la loi Travail ne prévoit aucune sanction particulière quant à son éventuelle violation. Cela relèvera du décret d'application attendu, mais, en toute hypothèse, les sanctions, notamment pénales relatives au délit d'entrave à l'action syndicale, nous semblent avoir vocation à s'appliquer. Il est donc urgent d'attendre.

## S. Destours

### 2. Les contraintes de la distribution

**13. - Actualité de l'article L. 442-6 du Code de commerce et de la transparence tarifaire.** - En premier, les questions de procédure. Le contentieux de l'article L. 442-6 est réservé à certaines juridictions, dont la cour d'appel de Paris, en voie d'appel, à la suite du décret du 11 novembre 2009 (C. com., art. D. 442-3 et annexe II), dont les dispositions sont d'ailleurs applicables, singulièrement en voie d'appel, à des situations juridiques nées avant son entrée en vigueur (**Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-21.247** : *JurisData* n° 2016-007534 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 143, N. Mathey). En outre, la compétence de la cour d'appel de Paris est incontestable : mieux, elle bénéficie d'une sorte de principe « compétence-compétence » : « la détermination du tribunal compétent n'est pas subordonnée à l'examen du bien-fondé des demandes, seule la cour d'appel spécialement désignée étant compétente pour juger de l'applicabilité desdites dispositions au litige » (**CA Douai, 26 mai 2016, n° 15/05109** : *JurisData* n° 2016-011298 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 192, N. Mathey. - *Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-12.685* : *JurisData* n° 2013-005848 ; *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. 132, obs. N. Mathey). Il en résulte alors que le contentieux commercial n'est pas dissociable, entre ce qui relève de la matière de l'article L. 442-6 et ce qui n'en relève pas : tout est de la compétence spéciale. Or, la Cour de cassation avait pu semer le trouble, dans un arrêt du 24 septembre 2013 (*Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089* : *D.* 2013, p. 2819, obs. N. Dorandeu) qui admettait la compétence, pour le tout, de la cour d'appel de Paris, tandis que, dans un arrêt du 7 octobre 2014 (*Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086* : *JurisData* n° 2014-020544 ; *JCP E* 2014, 1640 ; *D.* 2014, p. 2329, note F. Buy ; *AJCA* 2015, p. 86, note M. Ponsard), elle admettait la disjonction opérée par une cour d'appel (encore que l'invocation de la spécificité processuelle de l'article L. 442-6 n'avait été formulée qu'en cause d'appel). La Cour de cassation semble d'ailleurs trancher le débat : « la cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce ; que l'inobservation de ce texte est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; que la société I. ayant formé une seule demande en paiement de dommages-intérêts, fondée indistinctement sur les articles 1134 et 1184 du Code civil et L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, c'est à bon droit que la cour d'appel de Poitiers a déclaré la demande

irrecevable » (**Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085** : *JurisData* n° 2016-018112 ; *JCP E* 2016, act. 738). Sur le fond, on retiendra le jugement du tribunal de commerce de Paris, à propos de l'appréciation d'un déséquilibre significatif, qui rejette les prétentions visant à écarter des clauses, présentées comme « classiques », et ce juste avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats et de l'article 1171 du Code civil. De même, l'action du ministre de l'article L. 442-6, III du Code de commerce est une action autonome. Elle l'est en ce qu'elle ne suppose pas que la victime réelle d'une pratique de l'article L. 442-6, I ou II agisse, de concert ou indépendamment. Elle l'est également en ce qu'elle ne distingue du support éventuel de l'action que la victime de cette pratique pourrait faire valoir. On sait que la question de ce support, contractuel ou non, est l'un des points d'achoppement majeur de l'application de ce texte entre les contrats internationaux ou internes, s'agissant de la nature de la responsabilité, contractuelle ou extracontractuelle et donc le respect des clauses du contrat, notamment des clauses relatives au litige. Qu'en est-il, par exemple, lorsque le contrat contient une clause compromissoire ? Le principe « compétence-compétence » s'oppose a priori à celle du juge étatique (comp. pour un contrat international : *Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 09-67.013* : *JurisData* n° 2010-012390 ; *JCP E* 2010, act. 406 ; *D.* 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; *D.* 2010, p. 2544, obs. C. Dorandeu ; *D.* 2010, p. 2937, obs. T. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt. - Et pour un contrat interne : *Cass. com., 21 oct. 2015, n° 14-25.080* : *JurisData* n° 2015-023370 ; *JCP E* 2016, 1138, note R. Kaminsky et J. Rozier ; *D.* 2015, p. 2537, note N. Dissaux). En revanche, l'action du ministre, parce qu'elle est autonome, peut s'exercer devant le juge étatique, et non devant un tribunal arbitral tel qu'il devrait être désigné dans le contrat conclu entre la victime et l'auteur de la pratique ; plus exactement, la clause compromissoire est, au visa des articles 1448 et 1506 du Code de procédure civile, manifestement inapplicable au litige opposant le ministre et l'auteur des pratiques (**Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811, P+B**, *Sté Apple Distribution International et a. c/ min. Éco. et a.* : *JurisData* n° 2016-013778 ; *JCP E* 2016, 1475).

#### D. Mainguy

**Mots clés : Distribution. - Questions diverses**