

### **Bibliographie générale**

- N. DISSAUX et R. LOIR, Droit de la distribution, Domat Montchrestien, 2017  
F. BUY, M. LAMOUREUX, J.-C. RODA, Droit de la distribution, LGDJ, 2017  
D. et N. FERRIER, Droit de la distribution, 9<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2020  
M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la distribution, Sirey 2017  
(BEHAR-TOUCHAIS et VIRASSAMY Les contrats de la distribution, Traité des contrats sous la direction de Ghestin J., LGDJ, 1999)
- D. MAINGUY, M. DEPINCE et M. CAYOT Droit de la concurrence, 3<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019  
M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey, 2017  
A. et G. DECOCQ, Droit de la concurrence, Droit interne et Droit de l'UE, LGDJ, 2018
- E. KERGUÉLEN, Les pratiques restrictives, l'application de l'article L 442-6 du code de commerce à travers la jurisprudence, Concurrences, 2015 (nouvelle édition à paraître très bientôt)
- J.B. BLAISE et A.S. CHONE-GRIMALDI, Droit des affaires de l'Union européenne, PUF 2017

- Séance 1 : établissement des relations, rédaction de conditions générales**  
**Séance 2 : rupture brutale des relations commerciales établies (droit interne)**  
**Séance 3 : rupture brutale des relations commerciales établies (droit international)**  
**Séance 4 : déséquilibre significatif, absence de contrepartie**  
**Séance 5 : Grande distribution, sortie d'un contrat d'enseigne**  
**Séance 6 : Gérants de succursales**

## **SEANCE 1 : ETABLISSEMENT DES RELATIONS COMMERCIALE, REDACTION DE CONDITIONS GENERALES**

### **C. com., art. L. 441-1 :**

*I. - Les conditions générales de vente comprennent notamment les conditions de règlement, ainsi que les éléments de détermination du prix tels que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix.*

*II. - Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui établit des conditions générales de vente est tenue de les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Cette communication s'effectue par tout moyen constituant un support durable.*

*Ces conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de prestations de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa du présent II porte uniquement sur les conditions générales de vente applicables à une même catégorie d'acheteurs.*

*III. - Dès lors que les conditions générales de vente sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale.*

*Dans le cadre de cette négociation, les parties peuvent convenir de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au II.*

*Lorsque le prix d'un service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé.*

### **C. com., art. L. 441-3 :**

*I.- Une convention écrite conclue entre le fournisseur, à l'exception des fournisseurs de produits mentionnés à l'article L. 443-2, et le distributeur ou le prestataire de services mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale, dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3. Cette convention est établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application.*

*II.- Sans préjudice des articles L. 442-1 à L. 442-3, tout avenant à la convention mentionnée au I fait l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant.*

*III.- La convention mentionnée au I fixe, aux fins de concourir à la détermination du prix convenu, les obligations suivantes :*

*1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, y compris les réductions de prix, et le cas échéant les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ;*

*2° Les services de coopération commerciale, propres à favoriser la commercialisation des produits ou services du fournisseur, que le distributeur ou le prestataire de service lui rend, ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération de ces services ainsi que les produits ou services auxquels ils se rapportent et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations ;*

*3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à l'ensemble de ces obligations.*

*4° L'objet, la date, les modalités d'exécution, la rémunération et les produits auxquels il se rapporte de tout service ou obligation relevant d'un accord conclu avec une entité juridique située en dehors du territoire français, avec laquelle le distributeur est directement ou indirectement lié.*

*IV.- La convention mentionnée au I est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier. Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, elle fixe les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indicateurs disponibles reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.*

*V.- Le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur dans un délai raisonnable avant le 1er mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation.*

### **C. com., art. L. 441-8 :**

*Sans préjudice de l'article 172 bis du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits agricoles et alimentaires dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires et des produits agricoles et alimentaires, de l'énergie, du transport et des matériaux entrant dans la*

composition des emballages comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse..

Cette clause, définie par les parties, précise les conditions et les seuils de déclenchement de la renégociation.

La renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret des affaires, ainsi que dans un délai, précisé dans le contrat, qui ne peut être supérieur à un mois. Elle tend à une répartition équitable entre les parties de l'accroissement ou de la réduction des coûts de production résultant de ces fluctuations. Elle tient compte notamment de l'impact de ces fluctuations sur l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement. Un compte rendu de cette négociation est établi, selon des modalités définies par décret.

Le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation conforme aux deux premiers alinéas, de ne pas respecter le délai fixé au troisième alinéa, de ne pas établir le compte rendu prévu au même troisième alinéa ou de porter atteinte, au cours de la renégociation, aux secrets de fabrication ou au secret des affaires est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Si la renégociation de prix n'aboutit pas à un accord au terme du délai d'un mois prévu au troisième alinéa, et sauf recours à l'arbitrage, il est fait application de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime sans que le contrat puisse prévoir un autre dispositif de médiation.

Le présent article ne fait pas obstacle à toute autre renégociation, dans le respect du présent titre.

Le présent article est également applicable aux contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits mentionnés au premier alinéa.

**« C. com., art. L. 442-1 :**

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17 ;

4° S'agissant des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie soumis au I de l'article L. 441-1-1, de pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 443-8 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence.

II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.

III. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne proposant un service d'intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, de ne pas respecter les obligations expressément prévues par le même règlement.

Toute clause ou pratique non expressément visée par ledit règlement est régie par les autres dispositions du présent titre.

**C. com., art. L. 442-2 :** Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence.

**C. com., art. L. 442-3 :** Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité :

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

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

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

**C. com. Art. L. 442-4 :**

*I.- Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.*

*Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.*

*Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :*

*-cinq millions d'euros ;*

*-le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;*

*-5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.*

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

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

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

*III.- Les litiges relatifs à l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».*

**Cas pratique**

La société TEC vous présente un contrat conclu avec une société de la grande distribution.

TEC développe une activité de gestion de créances, dites « crédit barter » qu'elle détient à l'endroit de deux grands types d'opérateurs. Il s'agit d'une part, de créances qu'elle détient à l'endroit de sociétés de médias et, d'autre part, de créances qu'elle détient à l'endroit de diverses entreprises, venderesses de biens divers ou de prestations de services. A l'endroit des premiers, elles se présentent soit comme une régie publicitaire, via des contrats de commission, soit comme délégataire au paiement des créances des entreprises de média. Les « crédits barters » détenues par ses clients servent à payer, pour partie, les créances nées entre entreprise de média et fournisseurs.

Ces créances sont compensées, réellement, par TEC, par des inscriptions dans des comptes tenus au nom de ces différents clients, sous la forme de « crédits barter ». Par exemple, un fournisseur ayant besoin de réaliser des opérations de publicité peut acquérir des « crédits barter » : elle paye alors une partie de la facture émise par l'entreprise de média par des « crédits barter ».

Ces « crédits barter » se présentent ainsi comme une créance, divisible, du Distributeur, dont TEC est débiteur, et qui peut être payée par l'utilisation de « crédit barter » pour payer une partie de la facture du Distributeur. Le « crédit barter » ne se présente donc pas comme une créance liquide, comparable à une créance de somme d'argent, mais comme une inscription

en un compte qui ouvre droit à l'utilisation de ces crédits conformément aux conditions d'utilisation éditées par TEC.

Le « crédit barter » est ainsi un système de compensation de créances croisées, pour leur montant nominal, et dont la contrevaletur dépend de leur utilisation (marchandises, services, publicité, etc.).

L'utilisation de ces « crédits barter » répond à un certain nombre de conditions déterminées par TEC. Pour résumer, pour l'utilisation de « crédits barter » à hauteur de 100 (dont la valeur est éventuellement majorée par TEC), il convient, pour le créancier de dépenser, auprès de la société TEC des médias figurant sur la liste des fournisseurs qui travaillent avec TEC, une somme à déterminer.

Par conséquent, le « crédit barter » utilisé vient en déduction de la somme due du fait de la relation nouée directement entre les différents titulaires de « crédit barter ». TEC joue ainsi le rôle, tout à la fois d'un intermédiaire mettant en relation des entreprises selon les formules contractuelles retenues, et d'une sorte de « chambre de compensation » entre des créances de « crédit barter » détenues par ces entreprises.

Le Distributeur projette d'utiliser les « crédits barter » émis en exécution d'un contrat en les cédant à ses fournisseurs, comme équivalent, pour partie, du paiement des sommes dues. En principe, ces sommes dues sont le paiement des marchandises facturées par ces fournisseurs. TEC envisage de participer à la conclusion de ces contrats de cession de créance pour s'en assurer. Dans tous les cas, ces fournisseurs pourront utiliser ces créances, ces « crédits barter », dans le cadre des conditions d'utilisation telles que TEC les prescrit, dans le contrat conclu avec le Distributeur, par exemple en paiement d'une partie des achats média qu'ils nouent avec les entreprises de média qui travaillent avec TEC.

**TEC vous demande, d'une part, une consultation sur la faisabilité de la question au regard des règles du droit de la concurrence étant entendu que ce type de contrats va se généraliser, notamment avec d'autres groupes de distribution et, d'autre part, de rédiger des conditions générales d'utilisation adaptées à la situation.**

**DOCUMENTS CONFIDENTIELS :**

disponibles sur <https://www.daniel-mainguy.fr/2022/01/m2-droit-des-affaires.html>

**SEANCE 2 : RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES**  
**(DROIT INTERNE)**

**C. com., art L 442-6-I, 5°**

*I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :*

*1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;*

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

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

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

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

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

*7° D'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa du I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention ;*

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

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

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

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

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

13° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure.

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

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

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

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

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

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

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

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

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

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

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

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

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

**C. com., art. L. 442-1 (depuis 2019) :** I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17 ;

4° S'agissant des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie soumis au I de l'article L. 441-1-1, de pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 443-8 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence.

II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.

III. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne proposant un service d'intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, de ne pas respecter les obligations expressément prévues par le même règlement.

Toute clause ou pratique non expressément visée par ledit règlement est régie par les autres dispositions du présent titre.

**C. com., art. L. 442-2 :** Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence.

**C. com., art. L. 442-3 :** Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité :

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

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

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

**C. com. Art. L. 442-4 :** I.- Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.

Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

-cinq millions d'euros ;

-le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;

-5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

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

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

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

III.- Les litiges relatifs à l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».

### **Cas pratique :**

La société PORTEBIEN, immatriculée en 1994, a deux activités complémentaires :

- l'exploitation de la Clinique DOGAN, plateau technique,
- l'organisation des congrès médicaux dénommés HORIZON SANTE destinés aux médecins spécialistes dermatologues et chirurgiens plasticiens.

Le Docteur Olivier CONDORCET, médecin spécialiste en chirurgie plastique et réparatrice, a créé en 1994, avec son épouse, Madame Caroline CONDORCET, la Clinique DOGAN, plateau technique dans lequel il exerce son activité chirurgicale de chirurgie plastique.

Donnant des cours depuis 1984 et participant à de nombreux congrès internationaux en tant qu'enseignant, il a, dès l'ouverture de son établissement, utilisé son plateau technique, ainsi que ses fonctions hospitalières, pour pratiquer ces activités d'enseignement auprès des médecins de la spécialité et pour réaliser de nombreuses études cliniques

C'est dans ce contexte que le Dr CONDORCET a fondé en 1998, dans le prolongement de ses précédents cours, le Congrès médical HORIZON SANTE, qui propose un Cours International sur le

Vieillessement de la peau. Il en assure depuis, l'entière direction scientifique, laissant le soin à son épouse avec son équipe, de gérer toute la partie administrative.

Trois congrès par an HORIZON SANTE sont organisés par la société PORTEBIEN :

- au mois de janvier à Paris, pour la session annuelle
- au mois de mai à Paris, pour le cours spécifique sur la toxine botulique
- au mois de juillet ou août à l'étranger pour la session internationale

Les recettes d'HORIZON SANTE, comme pour tout congrès médical, sont constituées des :

- 1/ droits d'inscription réglés par les médecins
- 2/ droits d'inscription réglés par les laboratoires en tant qu'exposants.

Les dépenses HORIZON SANTE sont constituées par les charges de fonctionnement inhérentes au fonctionnement de la société et le paiement des différents prestataires.

Comme pour tout congrès médical, la partie scientifique permet aux médecins inscrits de se former au mieux sur les dernières techniques à leur disposition. La partie « exposants » accueille les laboratoires qui souhaitent exposer et vendre leurs produits pharmaceutiques ou appareils médicaux. Un congrès médical n'a de succès qu'en fonction de sa notoriété scientifique. Plus le nombre de médecins inscrits croît, plus le nombre de laboratoires exposants croît.

Les deux chiffres d'affaires qui constituent les recettes de l'HORIZON SANTE sont donc directement liés et augmentent avec la même moyenne annuelle.

Dés l'année 2000, soit deux ans après la création du premier HORIZON SANTE, PORTEBIEN a augmenté son équipe salariée et fait appel régulièrement à des prestataires externes.

Elle a ainsi confié l'organisation commerciale des congrès HORIZON SANTE de janvier 2000 et HORIZON SANTE TOXINE de mai 2000 à la société MS, et les congrès HORIZON SANTE janvier 2001, HORIZON SANTE TOXINE mai 2001 et HORIZON SANTE janvier 2002 à la société MEDITOUT.

En 2002, à la suite du non-renouvellement du contrat avec la société MEDITOUT, des congrès concurrents ont été organisés par cette dernière, au mépris des clauses du contrat la liant à PORTEBIEN.

Le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris par une décision du 16 mai 2002 a qualifié le contrat conclu avec MEDITOUT de contrat de prestation de services, en affirmant que « *la société MEDITOUT n'est qu'un prestataire de services....a assuré l'organisation technique et commerciale* »,.

La Cour d'appel de Paris, par arrêt du 25 novembre 2002, a confirmé l'ordonnance.

En 2002 donc, la société PORTEBIEN a cherché un nouveau prestataire de services. La société MEDITOUT a de nouveau proposé ses services, de même que la société L'ENTETE, représentée par sa gérante Madame Léa JEPADSOU.

Cette dernière, se fondant sur les précédents contrats de prestations de service liant la société PORTEBIEN aux précédents prestataires, lui a fait une proposition de contrat dont l'objet clairement cité est le « Secrétariat commercial » de l'HORIZON SANTE, uniquement pour la partie laboratoires exposants. Cela consiste à assister de la façon la plus professionnelle qui soit PORTEBIEN dans les tâches commerciales suivantes :

- établissement des bons de commande
- mise à jour du fichier clients laboratoires exposants

- rédaction des documents de prospection
- suivi de la vente des produits tels que décrits dans le bon de commande
- suivi des bons de commande et envoi à la facturation
- suivi des paiements

et ce, pour une rémunération correspondant à 10% des montants perçus par l'HORIZON SANTE au titre de la vente aux laboratoires exposants.

Alors que le contrat ne rendait absolument pas impossible, l'exercice par l'ENTETE d'une autre activité, cette société s'est consacrée exclusivement aux congrès de PORTEBIEN. Léa JEPADSOU n'a notamment pas cherché à assurer le secrétariat commercial d'autres entreprises.

Année après année depuis la création du congrès HORIZON SANTE, grâce au travail du Comité Scientifique piloté par le Dr CONDORCET, la qualité de l'enseignement scientifique dispensé s'est constamment améliorée aboutissant à une augmentation régulière du nombre de médecins inscrits, et par conséquent du nombre de laboratoires exposants.

Le premier HORIZON SANTE en 1997 a accueilli :

- 180 médecins inscrits pour un chiffre d'affaires de 72.718 euros HT,
- 29 laboratoires exposants pour un chiffre d'affaires de 92.000 euros HT.

La session annuelle de l'HORIZON SANTE 2008 a accueilli :

- 1.000 médecins inscrits pour un chiffre d'affaires de 907.275 euros HT,
- 80 laboratoires pour un chiffre d'affaires de 1.140.000 euros HT.

Le chiffre d'affaires lié aux inscriptions médicales augmentant, le chiffre d'affaires lié aux inscriptions laboratoires exposants a donc également augmenté avec la même moyenne annuelle calculée depuis 1997, soit 30 %.

Passer en 10 ans de moins de 200 médecins inscrits à plus de 1000 médecins inscrits est le fruit de l'activité du Docteur CONDORCET et de l'équipe de PORTEBIEN

Or, les médecins ne viennent pas à un congrès médical pour voir les laboratoires. Ils passent déjà suffisamment de temps dans leurs cabinets avec les visiteurs médicaux des dits laboratoires.

Ce sont au contraire les laboratoires qui viennent pour les médecins, pour les convaincre de prescrire leurs médicaments. C'est donc bien parce que la qualité scientifique des congrès a augmenté, que de plus en plus de médecins s'y sont inscrits, que, de plus en plus de laboratoires ont voulu y avoir des surfaces d'exposition.

Enfin, affirmer que c'est l'ENTETE qui a commercialisé tous les congrès auprès de l'industrie pharmaceutique, alors qu'elle ne s'est occupée que du secrétariat externalisé de la manifestation, est une affirmation honteusement erronée une fois de plus.

Dés 2005, Léa JEPADSOU arguant de l'augmentation du chiffre d'affaires HORIZON SANTE, a souhaité que ses honoraires soient augmentés pour être portés de 10 à 15%.

Pressée par Mme JEPADSOU, la société PORTEBIEN a tout de même accepté de faire un effort pour quelques congrès. Mais la rémunération de L'ENTETE devenait de la sorte totalement déraisonnable, par rapport au travail effectivement fourni.

Après une négociation très ferme de part et d'autre qui a duré plusieurs mois, le 5 avril 2007 le contrat de prestations de services a été signé pour les 3 congrès annuels à venir soit :

- HORIZON SANTE France 2007 en juin
- HORIZON SANTE Etranger 2007 en juillet
- HORIZON SANTE du 12 janvier 2008

avec une rémunération de 13,5 % au profit de la société L'ENTETE

C'est dans ces conditions que par lettre recommandée avec accusé de réception du 25 décembre 2007, la société PORTEBIEN a résilié le contrat du 5 avril 2007 susvisé, en respectant le préavis de 6 mois prévu au contrat de prestation de services.

Compte-tenu de cette résiliation, le contrat devait prendre fin après le congrès de janvier 2008 se tenant à Paris et ne plus être applicable au congrès de juin 2008.

C'est dans ce contexte que la société L'ENTETE veut saisir le juge.

Votre objectif est de présenter les arguments préliminaires de l'ENTETE, d'une part et de la société PORTEBIEN d'autre part.

**SEANCE 3 : RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES**  
**(DROIT INTERNATIONAL)**

**Cas pratique**

La société WOLF et la société SKI SCHUSS DISTRIBUTION (SSD) sont en relation contractuelles depuis 1996, la société SSD étant le distributeur exclusif, en France, des skis produits par la société WOLF.

La relation a été ponctuée par divers contrats, deux contrats en 2001 et 2004, et des « General conditions » signées annuellement, l'ensemble ayant pris fin en décembre 2020, après que SSD ait refusé qu'un nouveau type de contrat, proposé par WOLF, transformant leur relations en une sorte de « master-franchising » imposant à SSD de créer un réseau de distribution sélective en France, organise leurs relations. Si SSD consentait à conclure le contrat, WOLF a rompu unilatéralement le contrat, avec un préavis de trois mois, alors que le contrat prévoyait un préavis de 6 mois.

SSD a alors demandé à WOLF le paiement d'une somme de 997.000 €, augmentée de l'intérêt légal depuis la rupture du contrat, du fait de ce qu'elle considère comme une rupture brutale de cette relation.

Le contrat de 2004 prévoit une clause finale qui énonce que : « *all disputes arising out of this Contract shall be adressed in the ordinary courts of Wolhusen and shall be subject to the laws of Switzeland* ».

Dans ce litige, WOLF a engagé une action contre SSD devant le juge désigné par cette clause, afin que celui-ci constate la rupture du contrat du fait de SSD et en tire des conséquences indemnitaires.

Devant le juge, la société SSD a développé une demande reconventionnelle, faisant valoir, sur le fondement de l'article 19 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (Art. 19 IRPG) prévoyant la prise en compte de « dispositions impératives du droit étranger », ce que, dans la tradition juridique française, on désigne comme des « lois de police », que les conditions de la rupture du contrat qu'elle subit doivent obéir aux règles françaises, lois de police, concernant les conditions et notamment le terme de la rupture, en lieu et place des règles suisses élues, ce de manière à obtenir que sa demande de paiement d'une somme de l'indemnité qu'elle demande soit retenue, en suite de la rupture du contrat par la société WOLF.

Votre objectif est de présenter les arguments en faveur de la société SSD, sous la forme d'une consultation visant à être produite devant le juge suisse.

*LDIP, art. 19 :*

« 1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

## Jurisprudence relative à la question

**Cass. com.**, 6 févr. 2007, n°04-13.178, D. 2007. 653, obs. E. Chevrier, et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007. II. 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>**, 6 mars 2007, n° 06-10.946, D. 2007. 951, obs. E. Chevrier ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy

**Cass. com. 21 octobre 2008**, n°07-12.336, JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>**, 22 oct. 2008, *Monster cable*, n°07-15.823, D. 2009. 200, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt

**Cass. com. 13 janv. 2009**, n°08-13.971, Bull. civ. 2009, IV, n° 3 ; D. 2009, 2892, obs. D. Ferrier, RDC 2009, 1016, obs. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais

**Cass. com.**, 8 juill. 2010, n°09-67013, D. 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, p. 2544, obs. C. Dorandeu, et p. 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010, 743, note D. Bureau et H. Muir Watt

**CJUE, 14 juill. 2016**, Granarolo, aff. C-196/15, D. 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2016, p. 814, obs. L. Usunier ; RTD civ. 2016, p. 837, obs. H. Barbier

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>**, 18 janv. 2017, n°15-26105, JCP E, 2018, 1131, n° 3, obs. D. Mainguy

**Cass. com. 21 juin 2017**, n°16-11.828. V. aussi Cass. com. 5 juill. 2017, n°16-13862, JCP E, 2018, 1131, n° 3, obs. D. Mainguy

**Cass. com. 20 sept. 2017**, n°16-14812, JCP E, 2018, 1131, n° 3, obs. D. Mainguy.

**Paris, 9 janv. 2019 (Pôle 5 ch. 4)**, n°18/09522, AJ Contrats, 2019, p. 188, note V. Pironon, JCP E 2020, 1522, obs. D. Mainguy, CCC 2029, n°87 obs. N. Mathey.

**Paris (CCIP-CA) 3 juin 2020**, n°19/03758, *Somilab et a c Waters*, JCP E. 2020, 1522, obs. D. Mainguy

**Cass. com.**, 8 juill. 2020, n°17-31536, D. 2020, p. 1970, obs. L. d'Avout ; JCP E. 2020, n°41, chron. 1375, note M. Behar-Touchais ; Dalloz actualité, 1<sup>er</sup> sept. 2020, obs. C. Bonnet ; LEDICO oct. 2020, n°113h4, p. 4, obs. M. Celaya ; AJ Contrat 2020, p. 495, note. G. Chantepie ; JT 2020, n°233, p. 11, obs. X. Delpech ; LEDC oct. 2020, n°113j7, p. 5, obs. J.-F. Hamelin ; RLDA 2020/164, n°7082, note Y. Heyraud ; JCP E. 2020, 1522, obs. D. Mainguy ; CCC 2020, n°10, comm. 140, note N. Mathey ; Gaz. Pal. 22 sept. 2010, n°387s4, p. 18, note H. Meur ; D. 2020, p. 2421, obs. G. Ngoumtsa Anou.

**Paris, 8 oct. 2020**, n°17/19893, RLC 2020/99, n°3910 ; Rev. int. Compliance 2020, n°6, comm. 236, note C. Dargham et R. Nader-Guéroult ; LEDICO déc. 2020, n°113n9, p.7, obs. H. Meur ; D. 2020, p. 2421, obs. G. Ngoumtsa Anou.

*Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13178*

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Idéal France et Dudule entretenaient des relations commerciales suivies avec la société Guiot qui leur vendait à des tarifs préférentiels ses produits destinés à la vente aux grandes surfaces ; que, se plaignant de la brutalité de la rupture de ces relations résultant, selon elles, d'une augmentation sans préavis des tarifs qui leur étaient jusqu'alors consentis par la société Guiot, les sociétés Idéal France et Dudule l'ont assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Guiot a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour dire que le tribunal de commerce de Libourne n'était pas compétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par les sociétés Idéal France et Dudule, l'arrêt retient que les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années ont créé une situation contractuelle que l'une d'elle ne peut unilatéralement modifier sans préavis sans engager sa responsabilité contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison du lieu du siège social de la société Guiot et de la clause attributive de compétence figurant dans ses tarifs, le tribunal de commerce de Nantes était seul compétent ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;**

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 janvier 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;

Condamne la société Guiot aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

*Cass. civ.1ère, 6 mars 2007, n° 06-10946*

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société allemande Blaser Jagdwaffen (Blaser) a confié en 2000 à la société française Nemrod Frankonia (Frankonia), la distribution exclusive en France des armes, qu'elle fabrique en Allemagne ; que la société allemande ayant rompu les relations commerciales avec effet au 31 décembre 2003, la société Frankonia, l'a assignée, le 22 janvier 2005, devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance de Colmar, en réparation du préjudice subi du fait de cette rupture sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, et de celui subi pour atteinte à son image de marque ; que la société Blaser a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de Ravensburg (Allemagne) ;

Attendu que la société Frankonia fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 24 novembre 2005) d'avoir accueilli le contredit de compétence et de l'avoir renvoyée à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant qu'il fallait retenir qu'il existait bien une convention cadre pour en déduire que l'action en responsabilité engagée par la société Nemrod Frankonia, contre la société Blaser Jagdwaffen était de nature contractuelle et exclure la compétence du tribunal de grande instance de Colmar, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 7 du nouveau code de procédure civile ;

2°/ bien que l'action engagée fondée sur l'article L. 442-6 5 du code de commerce ait eu une nature délictuelle au sens de l'article 5 3° du Règlement communautaire du 22 décembre 2000, en affirmant néanmoins que cette action était de nature contractuelle, pour en déduire que le tribunal de grande instance de Colmar était incompétent, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant que la clause attributive de compétence stipulée sur la confirmation de commande et les factures de la société Blaser Jagdwaffen devait recevoir application, après avoir relevé que la société Nemrod Frankonia avait assigné la société Blaser en réparation du préjudice provoqué par la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 23 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000

4°/ qu'en affirmant que les dispositions de police de la concurrence invoquée par la société Frankonia n'étaient pas applicables à des fournisseurs situés à l'étranger la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

**Mais attendu qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné ; que par ce seul motif l'arrêt est légalement justifié**

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

*Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12336*

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Auramo France s'approvisionnait depuis 1988 auprès de la société allemande GmbHSeithFödertechnik en éléments terminaux d'appareils de manutention, fourches et pinces diverses ; que la société GMBH SeithFödertechnik qui n'était pas le seul fournisseur de la société Auramo France lui conférait des avantages importants constitués par des remises de 32 à 35 % ; que le 20 octobre 2000, la société SeithFödertechnik a notifié à la société Auramo la rupture des relations commerciales directes au 1er décembre 2000 et l'a invitée à adresser ses nouvelles commandes à la société Seith France et à négocier avec cette dernière des tarifs ainsi que le prix des études spéciales ; qu'après décembre 2000, la société Auramo France n'a plus acquis de matériel Seith ; qu'elle a assigné la société GmbHSeithFödertechnik et la société Seith France pour rupture brutale des relations commerciales et concurrence déloyale ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatrième et cinquième et branches :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-1-5 du code de commerce, ensemble l'article l'article 5 du règlement n° 44/2001 ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;**

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, troisième et sixième branches du moyen :

CASSE ET ANNULE (...)

*Cass. civ. 1ère, 22 oct. 2008, n° 07-15823*

La Cour (...)

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé;

Attendu que la société américaine Monster CableProductsInc (ci-après Monster Cable) a conclu le 22 octobre 1986, puis le 18 septembre 1995, avec la société française Audio marketing services (ci-après AMS) un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que l'article 7.5 du dernier contrat désigne les juridictions de San Francisco pour toute action découlant du contrat ; que la société Monster Cable a résilié le contrat le 2 août 2002 ; que la société AMS a assigné le 3 janvier 2003 la société Monster Cable devant le tribunal de commerce de Bobigny en application de l'article L. 442-6 du code de commerce pour abus de dépendance économique ;

Attendu que pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ;

**Qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;**

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

CASSE ET ANNULE (...)

*Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13971*

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Delor Vincent était le concessionnaire exclusif dans le département de la Lozère de la société Renault Agriculture; que se plaignant de la brutalité de la rupture de leurs relations par cette dernière, la société Delor Vincent l'a assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Renault Agriculture a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Versailles incompétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par la société Delor Vincent, l'arrêt retient que le litige qui porte sur le point de savoir si la rupture des relations contractuelles entre les parties est intervenue dans le respect des dispositions du contrat de concession, revêt une nature contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison de la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat, le tribunal de commerce de Paris est compétent ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Delor Vincent avait assigné la société Renault agriculture exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce et que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;**

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche :

CASSE ET ANNULE (...)

*Cass. com., 8 juil. 2010, n° 09-67013*

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 9 avril 2009) que la société suédoise HTC a conclu le 19 novembre 1999 avec la société française Doga, un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que ce contrat contenait une clause compromissoire ; que, le 26 mars 2007, la société HTC a résilié le contrat ; que la société Doga a assigné la société HTC devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce pour rupture abusive du contrat ; que la société HTC a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique en se prévalant de la clause compromissoire ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches, ci-après annexé :

Attendu que ce grief n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Doga fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son contredit et dit le tribunal de commerce de Versailles incompetent au profit de la juridiction arbitrale pour statuer sur le litige, alors, selon le moyen :

1°/ qu'après avoir relevé que la société Doga avait "introduit le présent litige sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° en faisant valoir que HTC avait rompu de manière brutale les relations commerciales établies", ce dont il résultait qu'était en cause l'application d'une loi de police, la cour d'appel, qui a néanmoins écarté la compétence, pourtant impérative en ce cas, des juridictions étatiques françaises revendiquée par la société Doga, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi l'article 3 du code civil, ensemble les principes généraux du droit international privé ;

2°/ Alors, en tout état de cause et subsidiairement, que la rupture brutale d'une relation commerciale établie, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, constitue un délit civil, qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur ; que même si cet agissement illicite a été commis à l'occasion d'un contrat, l'action en réparation intentée par la victime pour voir sanctionner la méconnaissance par l'autre partie d'une obligation légale est en elle-même sans lien avec le contrat, de sorte que la clause compromissoire qu'il contient est manifestement inapplicable au litige ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1458 du code de procédure civile ;

**Mais attendu qu'ayant relevé que la clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci n'était pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de Doga présentait un lien avec le contrat puisqu'elle se rapportait notamment aux conditions dans lesquelles il y avait été mis fin et aux conséquences en ayant résulté pour Doga, peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence ; que le moyen ne peut être accueilli ;**

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

*CJUE (deuxième chambre) 14 juillet 2016, C-196/15, Granarolo c. Ambrosi Emmi France SA,*

LA COUR (deuxième chambre),

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 5, points 1 et 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1, ci-après le « règlement Bruxelles I »).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Granarolo SpA, société de droit italien, à Ambrosi Emmi France SA (ci-après « Ambrosi »), société de droit français, au sujet d'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date.

### **Le cadre juridique**

#### *Le droit de l'Union*

3 L'article 2, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I prévoit :

« Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »

4 L'article 5, points 1 et 3, de ce règlement se lit comme suit :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

– pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

– pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ;

[...]

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ;

[...]»

#### *Le droit français*

5 Aux termes de l'article L. 442-6 du code de commerce :

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

[...]

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

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

6 Il ressort de la décision de renvoi que Ambrosi, établie à Nice (France), distribuait en France les produits alimentaires élaborés par Granarolo, établie à Bologne (Italie), depuis environ 25 ans, sans contrat-cadre ni stipulation d'exclusivité.

7 Par lettre recommandée du 10 décembre 2012, Granarolo a informé Ambrosi que, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, ses produits seraient distribués en France et en Belgique par une autre société française.

8 Considérant que cette lettre était constitutive d'une rupture brutale des relations commerciales établies, au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui ne respectait pas un délai minimal de préavis tenant compte de la durée de leur relation commerciale, Ambrosi a saisi le tribunal de commerce de Marseille (France) d'une action indemnitaire contre Granarolo, sur le fondement de ladite disposition.

9 Par jugement du 29 juillet 2014, cette juridiction s'est déclarée compétente, au motif que l'action avait un caractère délictuel et le lieu de survenance du dommage, au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I, était situé au siège d'Ambrosi, à Nice.

10 Par acte déposé le 12 août 2014, Granarolo a formé contredit devant la cour d'appel de Paris (France), en vue de contester la compétence territoriale du tribunal de commerce de Marseille, au motif que l'action en cause relevait de la matière contractuelle, au sens du règlement Bruxelles I, dont l'article 5, point 1, prévoit, en tant que critère de rattachement, le lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées en vertu des contrats successifs conclus pour chaque livraison. Or, ce lieu serait l'usine de Bologne, conformément à l'indication « *Ex works* » (« Départ Usine »), figurant sur les factures établies par Granarolo et correspondant à l'un des termes normalisés (Incoterms) établis par la Chambre de commerce internationale en vue de préciser les droits et les obligations des parties en matière d'échanges commerciaux internationaux.

11 Ambrosi soutient, à titre principal, que les juridictions françaises sont compétentes, étant donné que le litige relève de la matière délictuelle et que le lieu du fait dommageable se situe en France où sont commercialisés les produits alimentaires de Granarolo. À titre subsidiaire, cette société fait valoir qu'il n'est pas démontré que tous les contrats successifs aient été conclus selon l'Incoterm « *Ex works* ».

12 La juridiction de renvoi observe que, dans l'ordre juridique français, une action telle que celle en cause dans l'affaire au principal, fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, est une action délictuelle et cite à cet égard plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation (France).

13 Considérant, toutefois, que les notions de matières « délictuelle » et « contractuelle », au sens du règlement Bruxelles I, sont des notions autonomes du droit de l'Union, cette juridiction estime nécessaire d'interroger la Cour à cet égard.

14 Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I doit-il s'entendre en ce sens que relève de la matière délictuelle l'action indemnitaire pour rupture de relations commerciales établies consistant dans la fourniture de marchandises pendant plusieurs années à un distributeur sans contrat-cadre ni exclusivité ?

2) En cas de réponse négative à la première question, le [point] b) de l'article 5, point 1, de ce règlement est-il applicable à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande dans le cas énoncé [à la première question] ? »

#### **Sur les questions préjudicielles**

##### *Sur la première question*

15 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de ladite disposition.

16 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que le règlement Bruxelles I vise à unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale au moyen de règles de compétence qui présentent un haut degré de prévisibilité et poursuit ainsi un objectif de sécurité juridique qui consiste à renforcer la protection juridique des personnes établies dans l'Union européenne, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré (voir, en ce sens, arrêt du 23 avril 2009, Falco Privatstiftung et Rabitsch, C-533/07, EU:C:2009:257, points 21 et 22).

17 Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, le système des attributions de compétences communes prévues au chapitre II du règlement Bruxelles I est fondé sur la règle générale, énoncée à l'article 2, paragraphe 1, de celui-ci, selon laquelle les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées devant les juridictions de cet État, indépendamment de la nationalité des parties. Ce n'est que par dérogation à la règle générale de la compétence des juridictions du domicile du défendeur que le chapitre II, section 2, du règlement Bruxelles I prévoit un certain nombre de règles de compétence spéciales, parmi lesquelles figure celle de l'article 5, point 3, de ce règlement (voir, en ce sens, notamment arrêts du 16 juillet 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475, points 20 et 21, ainsi que du 18 juillet 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, point 30).

18 La Cour a déjà jugé que ces règles de compétence spéciales sont d'interprétation stricte, ne permettant pas une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées de manière explicite par ledit règlement (arrêt du 18 juillet 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, point 31).

19 Il importe également de rappeler que les termes de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle ou quasi délictuelle », au sens, respectivement, du point 1, sous a), et du point 3 de l'article 5 du règlement Bruxelles I, doivent être interprétés de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de ce règlement, en vue d'assurer l'application uniforme de celui-ci dans tous les États membres. Ils ne sauraient, dès lors, être compris comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale (arrêt du 13 mars 2014, Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, point 18).

20 S'agissant de la notion de « matière délictuelle ou quasi délictuelle », au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I, celle-ci comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur

et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle », au sens de l'article 5, point 1, sous a), de ce règlement (voir arrêt du 28 janvier 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, point 44 et jurisprudence citée).

21 La Cour a déjà jugé que la seule circonstance que l'une des parties contractantes intente une action en responsabilité civile contre l'autre ne suffit pas pour considérer que cette action relève de la « matière contractuelle », au sens de l'article 5, point 1, du règlement Bruxelles I. Il n'en va ainsi que si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat (arrêt du 13 mars 2014, Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, points 23 et 24).

22 Il s'ensuit que, dans une affaire telle que celle au principal, afin de déterminer la nature de l'action en responsabilité civile portée devant la juridiction nationale, il importe pour cette dernière de vérifier d'emblée si cette action revêt, indépendamment de sa qualification en droit national, une nature contractuelle.

23 Il y a lieu de relever que, dans une partie importante des États membres, les relations commerciales de longue date qui se sont nouées en l'absence d'un contrat écrit peuvent, en principe, être considérées comme relevant d'une relation contractuelle tacite, dont la violation est susceptible de donner lieu à une responsabilité contractuelle.

24 À cet égard, il convient d'observer que, si l'article 5, point 1, du règlement Bruxelles I n'exige pas la conclusion d'un contrat écrit, l'identification d'une obligation contractuelle est néanmoins indispensable à l'application de cette disposition. Il convient de préciser qu'une telle obligation peut être considérée comme étant née tacitement, notamment lorsque cela résulte des actes non équivoques exprimant la volonté des parties.

25 En l'occurrence, il appartient, partant, à la juridiction nationale d'examiner, tout d'abord, si, dans les circonstances particulières de l'affaire dont elle est saisie, la relation commerciale de longue date ayant existé entre les parties se caractérise par l'existence d'obligations convenues tacitement entre celles-ci, de telle sorte qu'il existait entre elles une relation pouvant être qualifiée de contractuelle.

26 L'existence d'une telle relation tacite ne se présume toutefois pas et doit, par conséquent, être démontrée. Par ailleurs, cette démonstration doit reposer sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée.

27 C'est au regard d'une telle appréciation globale qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier l'existence d'un tel faisceau d'éléments concordants pour décider si, même en l'absence d'un contrat écrit, il existe, entre ces parties, une relation contractuelle tacite.

28 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier. La démonstration visant à établir l'existence d'une telle relation contractuelle tacite doit reposer sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée.

#### *Sur la seconde question*

29 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens que des relations commerciales établies de longue date, telles que celles en cause dans l'affaire au principal, doivent être qualifiées de « contrat de vente de marchandises » ou plutôt de « contrat de fourniture de services », au sens de cette disposition.

30 À titre liminaire, il convient de préciser que les critères de rattachement à la juridiction compétente prévus à l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I sont applicables uniquement dans la mesure où la juridiction nationale, saisie du litige survenu entre les parties ayant établi entre elles des relations commerciales de longue date, viendrait à conclure que ces relations sont fondées sur un « contrat de vente de marchandises » ou un « contrat de fourniture de services », au sens de cette disposition.

31 Une telle qualification exclurait l'application de la règle de compétence prévue au point a) dudit article 5, point 1, dans l'affaire au principal. En effet, compte tenu de la hiérarchie que le point c) de cette disposition établit entre les points a) et b) de celle-ci, la règle de compétence prévue à ce point a) n'a vocation à intervenir que de façon alternative et par défaut par rapport aux règles de compétence figurant audit point b) (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 42).

32 La Cour a relevé, en ce qui concerne le lieu d'exécution des obligations découlant tant de contrats de vente de marchandises que de contrats de fourniture de services, que le règlement Bruxelles I définit, à son article 5, point 1, sous b), de manière autonome ce critère de rattachement, afin de renforcer les objectifs d'unification des règles de compétence judiciaire et de prévisibilité (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 32).

33 La Cour a également jugé que l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I retient pour les contrats de vente de marchandises et ceux de fourniture de services l'obligation caractéristique de ces contrats en tant que critère de rattachement à la juridiction compétente (arrêt du 25 février 2010, Car Trim, C-381/08, EU:C:2010:90, point 31 et jurisprudence citée).

34 Il s'ensuit qu'un contrat dont l'obligation caractéristique est la livraison d'un bien doit être qualifié de « vente de marchandises », au sens de l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, du règlement Bruxelles I (arrêt du 25 février 2010, Car Trim, C-381/08, EU:C:2010:90, point 32).

35 Une telle qualification peut trouver à s'appliquer à une relation commerciale établie de longue date entre deux opérateurs économiques lorsque cette relation se limite à des accords successifs ayant chacun pour objet la livraison et l'enlèvement de marchandises. En revanche, elle ne correspond pas à l'économie d'un contrat de distribution typique, caractérisé par un accord-cadre ayant pour objet un engagement de fourniture et d'approvisionnement conclu pour l'avenir par deux opérateurs économiques (voir, par analogie, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 36).

36 En l'occurrence, si un éventuel contrat conclu oralement ou tacitement était qualifié de « vente de marchandises », il reviendrait ensuite à la juridiction de renvoi de vérifier si la mention « *Ex Works* », dont il est question au point 10 du présent arrêt, figure bien de manière systématique dans les contrats successifs entre les parties. Si tel est le cas, il faudra considérer que les marchandises étaient livrées à l'usine de Granarolo en Italie et non pas en France, au siège d'Ambrosi.

37 Quant au point de savoir si un contrat peut être qualifié de « contrat de fourniture de services », au sens de l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I, il convient de rappeler que la Cour a déjà jugé que la notion de « services », au sens de cette disposition, implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 37 et jurisprudence citée).

38 En ce qui concerne le premier critère figurant dans cette définition, à savoir l'existence d'une activité, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il requiert l'accomplissement d'actes positifs, à l'exclusion de simples abstentions. Ainsi que la Cour l'a déjà jugé à propos d'une situation factuelle en apparence assez proche de celle en cause dans l'affaire au principal, ce critère correspond dans le cas d'un contrat ayant pour objet la distribution des produits de l'une des parties par l'autre partie, à la prestation caractéristique fournie par la partie qui, en assurant une telle distribution, participe au développement de la diffusion des produits concernés.

39 Grâce à la garantie d'approvisionnement dont il peut en bénéficier en vertu d'un tel contrat et, le cas échéant, à sa participation à la stratégie commerciale du fournisseur, notamment aux opérations promotionnelles, éléments dont la constatation relève de la compétence du juge national, le distributeur peut être en mesure d'offrir aux clients des services et des avantages que ne peut offrir un simple revendeur et, ainsi, de conquérir, au profit des produits du fournisseur, une plus grande part du marché local (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 38 et jurisprudence citée).

40 Quant au second critère, à savoir la rémunération accordée en contrepartie d'une activité, il convient de souligner qu'il ne saurait être entendu au sens strict du versement d'une somme d'argent. Une telle restriction n'est en effet ni commandée par le libellé très général de l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I ni en harmonie avec les objectifs de proximité et d'uniformisation que poursuit cette disposition (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 39).

41 À cet égard, il convient de prendre en considération le fait qu'un contrat de distribution repose, en règle générale, sur une sélection des distributeurs par le fournisseur. Cette sélection peut conférer aux distributeurs un avantage concurrentiel en ce que ceux-ci auront seuls le droit de vendre les produits du fournisseur sur un territoire déterminé ou, à tout le moins, en ce qu'un nombre limité de distributeurs bénéficieront de ce droit. En outre, un contrat de distribution prévoit souvent une aide aux distributeurs en matière d'accès aux supports de publicité, de transmission d'un savoir-faire au moyen d'actions de formation, ou encore de facilités de paiements. L'ensemble de ces avantages, dont il incombe au juge du fond de vérifier l'existence, représente, pour les distributeurs, une valeur économique qui peut être considérée comme étant constitutive d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 40).

42 Il s'ensuit qu'un éventuel contrat de distribution comportant de tels éléments typiques peut être qualifié de « contrat de fourniture de services » aux fins de l'application de la règle de compétence figurant à l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 41).

43 Il revient, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi d'apprécier l'ensemble des circonstances et des éléments caractérisant l'activité déployée en France par Ambrosi aux fins de vendre, sur le marché de cet État membre, les produits de Granarolo.

44 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la seconde question que l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens que des relations commerciales établies de longue date, telles que celles en cause dans l'affaire au principal, doivent être qualifiées de « contrat de vente de marchandises » si l'obligation caractéristique du contrat en cause est la livraison d'un bien ou de « contrat de

fourniture de services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.

#### **Sur les dépens**

45 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit :

1) **L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier. La démonstration visant à établir l'existence d'une telle relation contractuelle tacite doit reposer sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée.**

2) **L'article 5, point 1, sous b), du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que des relations commerciales établies de longue date, telles que celles en cause dans l'affaire au principal, doivent être qualifiées de « contrat de vente de marchandises » si l'obligation caractéristique du contrat en cause est la livraison d'un bien ou de « contrat de fourniture de services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.**

*Cass. civ. 1 ère, 18 janvier 2017, n°15-26105*

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 3 septembre 2015), qu'assignée devant la juridiction française par la société Riviera Motors, la société Aston Martin Lagonda Limited a soulevé une exception d'incompétence fondée sur la clause attributive de juridiction aux tribunaux anglais contenue dans le contrat de concession signé entre elles ;

Attendu que la société Riviera Motors fait grief à l'arrêt de déclarer la juridiction judiciaire française incompétente, alors, selon le moyen :

1°/ que si les articles 18, 20 et 26 du contrat du 30 septembre 2003 organisaient, en cas de différend relatif à l'exécution des obligations contractuelles, une procédure de règlement optionnel permettant aux parties de recourir à un tiers expert ou d'intenter une action judiciaire dans les conditions prévues par l'article 26, lequel soumettait le contrat au droit anglais et à la « compétence exclusives des juridictions anglaises », il était expressément prévu, par l'annexe 5 D, alinéa 2, que « en cas de différends relatifs à la résiliation, chaque partie peut recourir aux juridictions étatiques compétentes en vertu de la législation nationale, quand bien même l'expert aurait été saisi et rendu une décision » ; qu'en retenant que cette disposition se serait bornée « à renvoyer à la compétence de la juridiction étatique compétente - laquelle se définit, par référence à l'article 26, comme la juridiction anglaise », et qu'elle ne dérogeait « donc en rien à la clause attributive de l'article 26 », sans faire aucune référence à la locution « en vertu de la législation nationale », laquelle signifiait nécessairement que la juridiction étatique compétente au sens de l'annexe 5 D était le tribunal interne compétent selon le droit interne, la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis, et a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en déclarant la clause attributive de compétence prévue par l'article 26 du contrat applicable à la rupture brutale de la relation établie entre les parties, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette clause, qui liait indissociablement la compétence du juge anglais et l'application du droit anglais et désignait ainsi un ordre juridique globalement compétent, n'aboutissait pas à faire échec aux dispositions impératives de l'article L. 442-6-I, 5°, qui relèvent de l'ordre public économique, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de ces dispositions ;

3°/ qu'à défaut de viser les différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, la clause attributive de compétence internationale figurant dans un contrat de distribution n'est pas applicable à une action en responsabilité délictuelle fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie ; qu'en déclarant applicable, en l'espèce, la clause attributive de compétence prévue par l'article 26 du contrat, aux motifs que « le rapport de droit en cause » ne se limitait « aux obligations contractuelles », mais qu'il devait « s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle », là où cette clause ne comportait aucune référence aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article 23 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le rapport de droit en cause ne se limitait pas aux obligations contractuelles, la référence de l'article 26 au « présent contrat » ne concernant que le droit applicable, et devait s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle, la cour d'appel, hors toute dénaturation, en a souverainement déduit, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, que la clause attributive de compétence s'appliquait à la rupture brutale du contrat ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

*Cass. com. 21 juin 2017, n°16-11.828.*

LA COUR (...):

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Bugaboo International (la société Bugaboo), dont le siège est aux Pays-Bas, a confié à la société Gamin tout terrain ( la société GTT), à compter du 10 juin 2002, la distribution exclusive en France de ses produits, selon trois contrats successifs à durée déterminée, le dernier, conclu le 22 mars 2007 à échéance du 31 décembre 2007, prévoyant que, passé cette date, le contrat se terminerait automatiquement et que les parties seraient alors libres de négocier les conditions d'un nouveau contrat ; que par lettre du 12 novembre 2007, la société Bugaboo a indiqué à la société GTT qu'elle ne renouvelerait pas l'accord exclusif de distribution après la date du 31 décembre 2007 ; qu'assignée en paiement de factures devant le tribunal de commerce par la société Bugaboo, la société GTT a demandé, à titre reconventionnel, le paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Bugaboo fait grief à l'arrêt de sa condamnation alors, selon le moyen, que le juge ne peut statuer que sur les dernières conclusions déposées ; qu'en l'espèce, les dernières conclusions de la société Bugaboo sont en date du 8 juin 2015 ; que pour condamner la société Bugaboo à verser à la société GTT la somme de principale de 316 398 euros, la cour d'appel s'est prononcée au visa de conclusions de la société Bugaboo déposées le 31 décembre 2013 ; qu'en statuant ainsi sans qu'il résulte de ses motifs qu'elle ait pris en considération les dernières écritures de la société Bugaboo, la cour d'appel a violé les articles 455, alinéa 1er et 954, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en dépit du visa erroné des conclusions de la société Bugaboo, la cour d'appel a statué sur toutes les prétentions de cette société et au vu de tous les moyens formulés dans ses dernières conclusions; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé ;

Attendu que pour retenir que la loi française est applicable et condamner la société Bugaboo sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, l'arrêt, après avoir relevé que cette société soutenait que le contrat du 22 mars 2007 prévoyait en son article 25 qu'il était soumis au droit néerlandais et qu'ainsi il dérogeait à l'application de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, retient que la responsabilité encourue sur le fondement de cet article est de nature délictuelle et non contractuelle et que la loi applicable à la responsabilité extra contractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, en l'occurrence, la France, puisque la société GTT était distributeur exclusif de la société Bugaboo ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher ainsi qu'il lui était demandé, si l'article 25 du contrat qui désignait la loi néerlandaise n'était pas rédigée en des termes suffisamment larges pour s'appliquer au litige, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

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

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu, le 8 octobre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

*Cass. com. 20 sept. 2017, n°16-14812*

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 décembre 2015), rendu sur contredit, que la société de droit belge AVR BVBA (la société AVR), qui conçoit et fabrique du matériel agricole, était en relation d'affaires depuis l'année 2003 avec la société Etablissements Proutheau-Laboute (la société Proutheau), distributeur ; que cette relation ayant cessé en janvier 2010, la société Proutheau a assigné devant le tribunal de commerce de Paris la société AVR en réparation de son préjudice, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ; que la société AVR a soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions belges ; que le tribunal de commerce de Paris s'est dit compétent ;

Attendu que la société Proutheau fait grief à l'arrêt de déclarer le tribunal de commerce de Paris incompétent et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'une action indemnitaire pour rupture brutale d'une relation commerciale établie est, à tout le moins lorsque les relations ne sont pas régies par un contrat cadre, de nature délictuelle, tant en droit français qu'en droit de l'Union européenne ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les relations commerciales entre les parties n'étaient pas régies par ce contrat cadre ; qu'en considérant, pour déclarer le tribunal de commerce de Paris incompétent, que la demande indemnitaire de la société Etablissements Proutheau-Laboute à l'encontre de la société AVR BVBA, pour rupture de relation commerciale établie, relevait de la matière contractuelle, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, ensemble l'article 5, 3°, du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

2°/ que l'action de la société Etablissements Proutheau-Laboute était fondée sur la rupture brutale, par la société AVR BVBA, d'une relation commerciale établie et non sur la rupture d'un contrat ; qu'en considérant, pour accueillir le contredit, que la "rupture des relations contractuelles" relevait de la matière contractuelle au sens de l'article 5.1 du règlement n° 44/2001, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 7, point 2, du règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE 14 juillet 2016 aff. C-196/15 Granolo SpA c. Ambroisi Emmi France SA), une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de ce règlement, s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite reposant sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer, notamment, l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée; que l'arrêt relève que la société AVR a vendu pendant plusieurs années, soit de 2003 à 2010, du matériel agricole à la société Proutheau que cette dernière distribuait en France ; qu'il ajoute que l'article 5 des conditions générales des contrats de vente conclus entre les parties, intitulé "Lieu de livraison", précisait "les marchandises sont censées être livrées à partir de nos magasins avant expédition" ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir l'existence d'une relation contractuelle tacite, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les termes du litige, a pu retenir que l'action relevait de la matière contractuelle et, les marchandises étant livrées en Belgique, déclarer le tribunal de commerce de Paris incompétent ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 4, 9 Janvier 2019 – n° 18/09522**

(...)

**FAITS ET PROCÉDURE**

La société International Médias Data Services (la société IMDS), ayant son siège à Paris, a pour activité principale le conseil, les études et recherches, les développements de produits et de prestations informatiques, la négociation, le suivi et la réalisation de marchés de matériels. Au titre de ces marchés de matériels, elle commercialise des produits de différents fabricants, dont ceux de la société Zeutschel GmbH.

La société Addis Technologies est une société française spécialisée dans la dématérialisation et la gestion documentaire. Elle commercialise notamment des scanners et logiciels, assure leur maintenance et propose des services complémentaires. En qualité de distributeur, elle dispose d'un réseau de revendeurs et de prestataires assurant la maintenance, n'intervenant directement que très rarement.

La société Zeutschel GmbH, société de droit allemand, est spécialisée dans la conception de systèmes de scanners et micro films permettant la numérisation et l'archivage de documents.

Par contrat signé les 16 et 18 juillet 2012, la société Zeutschel GmbH a confié à la société IMDS la distribution exclusive de certains de ses produits sur le territoire de la France et ses territoires d'outre-mer, ainsi que sur ceux du Maroc, de l'Algérie, du Sénégal, du Togo et du Gabon.

Le 11 juin 2014, la société Zeutschel GmbH a notifié à la société IMDS qu'elle mettait un terme à leurs relations à effet du 31 décembre 2014, le préavis étant spécifié sans exclusivité ; entre temps, elle a désigné le 6 août 2014 la société Addis Technologies comme nouveau distributeur.

S'estimant victime d'actes de concurrence déloyale, de détournement de clientèle et de désorganisation de son entreprise de la part de la société Addis Technologies, la société IMDS l'a fait assigner en référé d'heure à heure au 9 décembre 2014 (n° 2014071697). Par ordonnance du 16 décembre 2014, le juge des référés s'est déclaré territorialement compétent et a dit n'y avoir lieu à référé et a renvoyé l'affaire via la procédure dite de « la passerelle » devant la 15ème chambre du tribunal, afin qu'elle puisse faire intervenir la société Zeutschel poursuivie également pour rupture brutale des relations commerciales établies.

Par exploit à bref délai du 22 janvier 2015, la société IMDS a assigné à bref délai en intervention forcée la société Zeutschel GmbH (n°2015005595). Par jugement du 13 avril 2015, le tribunal de commerce de Paris a ordonné la jonction des affaires 2014071697 et 2015005595 sous le numéro RG J2015000185.

Par jugement du 3 mai 2018 (RG J2015000185), le tribunal de commerce de Paris :

- s'est déclaré compétent territorialement,
- a dit la loi allemande applicable au présent litige,
- a renvoyé l'affaire à l'audience collégiale de la 3ème chambre du 30 mai 2018 à 14 heures pour conclusion des parties au fond, en conséquence du dispositif du présent jugement et en application de la loi allemande,
- réservé les demandes en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- réservé les dépens.

\*\*\*

Les parties s'accordent sur l'application au présent litige du règlement n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Selon l'article 25 de ce règlement :

« Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue :

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite;
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles; ou
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. (...) ».

L'article 9 de l'annexe I, intitulée « General Conditions of Sale, Delivery and Payment », du contrat de distribution conclu entre les sociétés IMDS et Zeutschel dispose que : « le contrat de vente est régi par la loi allemande devant le tribunal de Tübingen, sauf si les parties en conviennent différemment ».

Cette clause concerne clairement les différends nés ou à naître à l'occasion des contrats de vente et non du contrat-cadre de distribution, tels les litiges relatifs à la non-conformité des produits vendus, aux problèmes de livraison et de paiement.

Elle est au surplus insérée dans une annexe relative aux conditions générales de vente et non dans le contrat de distribution lui-même ; or, celui-ci ne peut s'identifier aux contrats de vente successifs portant sur les produits Zeutschel conclus pour son exécution, les prestations réciproques entre les parties excédant les seules ventes, et s'étendant à la fourniture de services de distribution à la charge de la société IMDS dûment rémunérés par la société Zeutschel.

Le rapport de droit à l'occasion duquel la prorogation de compétence a été conclue concerne donc les seuls contrats de vente et ne saurait couvrir les litiges relatifs d'une part aux conditions dans lesquelles la société Zeutschel a mis un terme aux relations commerciales établies avec IMDS et d'autre part, les pratiques de concurrence déloyale dont se seraient rendues responsables les sociétés Zeutschel et la société Addis à l'encontre de la société IMDS.

Le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a jugé cette clause inapplicable à la présente espèce.

La société Zeutschel se réfère également à une autre clause attributive de compétence figurant à l'article X des conditions générales de vente auxquelles renvoient les documents commerciaux liés à la relation d'achat / vente (factures ou bons de livraison) adressés à IMDS.

Mais ces conditions générales de vente ne sont pas celles qui avaient été annexées au contrat de distribution, mais d'autres conditions générales de vente, dont il n'est pas démontré qu'elles aient été acceptées par IMDS, contrairement aux stipulations de l'article 11 de l'annexe I prévoyant que « les modifications des contrats de livraison et de vente doivent être faites par écrit et acceptées par écrit ».

Selon les pièces versées aux débats, les conditions générales de vente ne sont pas reproduites au verso des factures, mais font l'objet d'une simple mention au recto selon laquelle la délivrance des produits a été faite et facturée « en accord avec nos conditions générales de livraison et de vente ». Il ne saurait s'inférer du paiement réitéré de factures portant cette simple mention l'acceptation de ces conditions générales de vente par la société IMDS. Enfin, le rapport de droit concerné vise, tout comme l'autre clause de prorogation de compétence, les contrats de vente et non les litiges relatifs au contrat de distribution lui-même, la clause étant insérée dans des conditions générales de vente, nonobstant son libellé plus large couvrant les litiges de la « relation contractuelle ».

Le jugement, sera également confirmé en ce qu'il a estimé cette clause inapplicable.

Il y a donc lieu, pour déterminer la juridiction compétente, de se reporter à l'article 7 du règlement Bruxelles I bis.

Les règles applicables à l'action en rupture brutale seront examinées distinctement de celles relatives à l'action en concurrence déloyale.

L'action en rupture brutale

L'action en rupture brutale des relations commerciales établies, basée sur un contrat, se rattache à la sphère contractuelle. En effet, les parties sont liées par un contrat de distribution et leurs relations ont été régulières de 2012 à 2014'; il sera donc fait application de l'article 7.1 du règlement.

Selon cet article :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

-pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

-pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas. (...) ».

Le présent contrat de distribution signé entre les sociétés IMDS et Zeustchel est un contrat de « fourniture de services » au sens du règlement : d'une part, en effet, il met à la charge du distributeur plusieurs prestations caractéristiques, telles la distribution des produits, des prestations de réparation, un service après-vente, la participation à des opérations promotionnelles, toutes prestations qu'un simple vendeur n'offre pas ; d'autre part, cette activité est rémunérée par le fournisseur, sous la forme d'avantages, tels des actions de formation, ou des facilités de paiement.

En l'espèce, ces services ont été ou auraient dû être fournis en France.

La société Zeutschel ne peut soutenir que la prestation caractéristique est située en Allemagne, lieu de fabrication et de livraison des produits, ne démontrant pas que le contrat de distribution conclu entre les parties serait en réalité un simple contrat de vente.

Les premiers juges ont justement déduit de ce qui précède la compétence des juridictions françaises.

L'action en concurrence déloyale

Les pratiques de concurrence déloyale relèvent de la matière délictuelle.

Selon l'article 7.2 du règlement :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre :

(<sup>1</sup>) 2) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

Le lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire est le siège social de la société IMDS, soit la France.

Les juridictions françaises sont donc là encore compétentes.

L'affaire sera donc renvoyée devant le tribunal de commerce de Paris.

Sur la loi applicable

Dans le litige opposant la société IMDS à la société Zeuschel pour rupture brutale

Sollicitant l'infirmité du jugement entrepris sur ce point, la société IMDS soutient que la loi allemande ne peut trouver à s'appliquer concernant la demande de la société IMDS relative à la rupture brutale des relations commerciales établies à l'initiative de la société Zeuschel et ce, compte tenu de la nature même des dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce en droit international privé (loi de police) qui fait échec en l'espèce, à l'application de la clause de loi applicable au profit du droit allemand prévue à l'article 29 du contrat de distribution.

A titre subsidiaire, à supposer que les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce ne constituent pas une « loi de police » au sens du droit international privé, la société IMDS soutient que la loi française est, en tout état de cause, applicable à sa demande fondée sur la rupture brutale du contrat de distribution par la société Zeuschel.

En réplique, la société Zeuschel sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré la loi allemande applicable à l'intégralité du présent litige.

\*\*\*

La rupture brutale relève du domaine contractuel en matière de litige international.

Les parties ne discutent pas l'application du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

L'article 3.1 de ce règlement prévoit que « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

En l'espèce, les parties ont convenu de l'application de la loi allemande. En effet, l'article 29 du contrat de distribution stipule :

« loi applicable texte original

Le contrat est gouverné par la loi applicable du lieu d'établissement du fabricant. Le texte anglais du contrat est le texte original ».

Les parties ne contestent pas cette clause, mais les sociétés IMDS et Addis prétendent que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce doit prévaloir, s'agissant d'une loi de police, ce que conteste la société Zeuschel.

Selon l'article 9 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : « 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».

Selon le point 2 de l'article 9 ci-dessus, la loi de police française prévaut sur le choix de la loi applicable par les parties.

**Il convient donc d'examiner, ce qui fait l'objet de contestations nourries, si l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce constitue une loi de police.**

**La cour estime que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce constitue une loi de police.**

**En premier lieu, le respect de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce a été jugé crucial par le législateur pour la sauvegarde de l'organisation économique de la France. L'objectif de protection des entreprises dans les relations commerciales déséquilibrées vise non seulement à protéger la partie faible, mais à assurer, par un effet dissuasif, un fonctionnement équilibré du marché dans son ensemble. Ce ne sont donc pas les intérêts d'une seule partie qui sont visés, mais de façon générale, la défense catégorielle des contractants faibles. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies.**

**En deuxième lieu, le régime spécifique de cette pratique restrictive de concurrence, commun à toutes les pratiques énumérées au I de l'article L. 442-6, prévu au III, illustre l'importance, pour le législateur, de la défense de l'ordre public économique poursuivie par les « pratiques restrictives de concurrence », de façon générale. Ce régime est en effet caractérisé par la faculté d'intervention du ministre de l'économie pour la défense de l'ordre public économique, et les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment demander au juge la cessation des pratiques ou le prononcé de sanctions civiles dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros ou portée au triple du montant des sommes indûment versées, ou encore la nullité du contrat ou des restitutions, démontrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions. La Cour de cassation a d'ailleurs, dans un arrêt du 8 juillet 2008 (ministre de l'économie contre Galec, 07-16.761), considéré que l'action du ministre était « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence (') », consacrant ainsi l'objectif poursuivi par le législateur au travers de l'article L. 442-6, de protection du marché et de la concurrence, non exclusivement réservé aux pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil constitutionnel a**

également validé l'action du ministre dans une QPC du 13 mai 2011 (2011-126 QPC) en parlant pour la première fois d' « ordre public économique ».

En troisième lieu, la sanction civile encourue par les auteurs des pratiques démontre également le caractère crucial de ces règles. Aux termes de sa décision QPC n° 2010-85 du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a confirmé « que, conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ».

En quatrième lieu, la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 3 mars 2009 (07-16.527) que l'article L. 441-6 du code de commerce, relatif aux règles de transparence, répondait à des « considérations d'ordre public particulièrement impérieuses », ce terme permettant d'en déduire la qualification de loi de police de cette disposition. Le sort de l'article L. 442-6, qui énumère des comportements civilement sanctionnés, ne peut être différent. En outre, la Haute Juridiction avait précédemment validé une clause attributive de juridiction permettant de faire échapper un litige fondé sur l'article L. 442-6 du code de commerce à la compétence française dans un litige international en affirmant que « la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impérieuses constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige » (arrêt du 22 octobre 2008, 07-15/823, Monster Câble) (c'est la cour qui souligne).

En cinquième lieu, au regard de la territorialité du droit « quasi-répressif », dont relève manifestement l'article L. 442-6 du code de commerce, sont réprimées à ce titre les pratiques ayant des effets en France ; il est donc logique que toutes les victimes soient traitées sur un plan d'égalité que l'auteur soit français ou étranger.

Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce sont applicables à partir d'un rattachement territorial, dès lors que les produits ou services contractuels sont destinés au marché français ou ont vocation à être distribués en France. Or, en l'espèce, le rattachement territorial à la France est établi : la société IMD est établie en France et y distribue les produits de la société Zeuschel.

Il s'agit donc d'une loi de police qui s'impose au juge du for, même si la loi applicable est la loi allemande en vertu de la clause de l'article 29 du contrat.

Le jugement entrepris sera donc infirmé en ce qu'il a déclaré la loi allemande applicable à la pratique dénoncée.

Dans le litige opposant la société IMDS aux sociétés Zeuschel et Addis pour concurrence déloyale  
(...)

PAR CES MOTIFS

La Cour,

CONFIRME le jugement entrepris, sauf en ce qu'il a déclaré la loi allemande applicable au présent litige ;

L'INFIRME sur ce point ;

et statuant à nouveau,

DÉCLARE la loi française applicable au présent litige ;

RENVOIE l'affaire devant le tribunal de commerce de Paris ;

CONDAMNE la société Zeuschel aux dépens d'appel ;

CONDAMNE la société Zeuschel à payer à la société IMDS la somme de 5000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

**Cour d'appel, Paris, Chambre commerciale, 3 Juin 2020 – n° 19/03758**

Chambre commerciale internationale

Pôle 5 - Chambre 16

**I- FAITS :**

1- La société Sodmilab est une société algérienne spécialisée dans l'importation, la revente et les activités de prestations de services liées aux équipements de laboratoires.

2- La société Waters est une société française spécialisée dans la commercialisation et le développement d'instruments scientifiques notamment l'analyse chromatographique pour les laboratoires.

3- En 1997 la société Waters, souhaitant développer la vente de ses produits sur le marché algérien, est entrée en relations commerciales avec la société Sodmilab pour commercialiser ses produits en Algérie.

4- Le 25 février 2010 la société Waters et la société Sodmilab ont formalisé leurs relations commerciales en concluant un contrat intitulé « contrat de distribution des produits Waters sur le territoire algérien ».

5- En janvier 2010 le fils du gérant de la société Sodmilab a créé en France la société Karsman, spécialisée dans l'import-export de marchandises, et qui est devenue l'intermédiaire pour l'achat et la livraison en Algérie des produits de la société Waters commandés par la société Sodmilab.

6- Par courrier du 1er avril 2016, la société Waters a mis fin au contrat conclu le 25 février 2010 avec la société Sodmilab, lui accordant le préavis de 6 mois prévu contractuellement.

7- Estimant subir un préjudice du fait de cette rupture, les sociétés Sodmilab et Karsman ont, par courrier du 23 mars 2017, informé la société Waters de leur intention de réclamer des indemnités compensatrices sur le fondement des dispositions légales régissant la rupture du mandat d'agent commercial et à tout le moins de la rupture brutale de relations commerciales établies au visa des articles L. 134-12 et L. 442-6 I 5° du code de commerce.

8- En réponse par courrier du 15 juin 2017, la société Waters a contesté les demandes aux motifs que la société Sodmilab ne pouvait revendiquer l'application du droit français mais seulement du droit algérien et que la société Karsman ne remplissait pas les conditions requises pour être indemnisée.

**II- PROCEDURE :**

9- C'est dans ce contexte que les sociétés Sodmilab et Karsman ont fait assigner par acte d'huissier en date du 17 avril 2018 la société Waters en paiement de dommages et intérêts devant le tribunal de commerce de Paris, sur le fondement notamment des articles L 442-6 I 5° du code de commerce, L. 134-1 et L. 134 -12 du code de commerce et 1240 du code civil, sollicitant l'application de la loi française à toutes leurs demandes et subsidiairement de la loi algérienne.

10- Par jugement en date du 18 septembre 2018, le tribunal de commerce de Paris a prononcé la liquidation judiciaire de la société Karsman et a désigné comme liquidateur la SELARL FIDES, prise en la personne de Maître C. mandataire liquidateur.

11- Au cours de la procédure la société Waters a contesté l'application de la loi française aux relations avec la société Sodmilab, estimant que la loi algérienne était applicable.

12- Par jugement du 21 janvier 2019, le tribunal de commerce de Paris, a dit la loi algérienne applicable aux relations commerciales entre la société Sodmilab et la société Waters, renvoyé l'affaire à une prochaine audience de mise en état et réservé l'article 700 du code de procédure civile et les dépens.

13- Les sociétés Sodmilab et M. C. és qualités de liquidateur de la société Karsman, ont fait appel de la décision dans toutes ses dispositions par déclaration du 18 février 2019.

14- Au cours de la procédure, la société Waters a contesté la recevabilité de l'appel immédiat d'une décision statuant uniquement sur la loi applicable.

15- Par ordonnance du 1er octobre 2019, le conseiller de la mise en état a rejeté la demande et a déclaré l'appel recevable.

**III- PRETENSIONS DES PARTIES**

(...)

**V- MOTIFS DE LA DECISION :**

38- Il convient de constater au préalable que les parties ne contestent pas que la loi française est applicable aux relations commerciales qui ont eu lieu entre la société Waters et la société Karsman, aujourd'hui représentée par son mandataire liquidateur.

39- Les parties s'opposent en revanche sur la loi applicable à la relation commerciale qui s'est établie entre la société Sodmilab et la société Waters pour la commercialisation des produits de la marque Waters en Algérie.

40- La société Sodmilab revendique l'application de la loi française et non la loi algérienne comme retenue par les premiers juges et la reconnaissance de sa double activité d'agent commercial et de distributeur exclusifs de la société Waters en Algérie.

41- Il convient à cet égard d'observer qu'il appartiendra au tribunal, statuant sur le fond du litige, de qualifier la nature de cette relation commerciale de sorte qu'à ce stade, la question de la loi applicable sera tranchée en envisageant les deux qualifications soumises aux débats, à savoir selon que cette relation commerciale est qualifiée de contrat d'agent commercial ou de contrat de distribution.

Sur la loi applicable à la relation contractuelle susceptible d'être qualifiée de contrat d'agent commercial :

42- Pour déterminer la loi applicable au litige concernant le contrat d'agent commercial, les parties conviennent qu'il y a lieu d'appliquer la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats intermédiaires et à la représentation conclue le 14 mars 1978 ( ci-après la Convention).

43- L'article 5 de la Convention énonce que « la loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire.

Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause. »

44- En l'espèce, il est constant que les clients algériens étaient prospectés et démarchés par la société Sodmilab qui agissait comme un intermédiaire ou comme le représentant de la société Waters et que la vente des produits de la société Waters était matérialisée par un contrat conclu directement entre cette dernière et ces clients.

45- La société Sodmilab était rétribuée à la commission, fixée selon les termes du contrat du 25 février 2010.

46- Les parties n'ont cependant formalisé aucun choix exprès sur la loi applicable dans le contrat auquel elles se réfèrent pour gouverner leurs relations commerciales.

47- A défaut de choix exprès des parties, la détermination du droit applicable ne peut que résulter de l'existence des conditions prévues cumulativement par l'article 5 alinéa 2 à savoir des dispositions du contrat et des circonstances de la cause.

48- A cet égard, il résulte des dispositions du contrat qu'elles ont convenu en cas de litige de saisir une juridiction française par l'insertion d'une clause attributive de compétence ainsi rédigée « en cas de litige et en cas d'absence d'accord entre les parties signataires, le tribunal de commerce de Versailles auquel il est fait attribution sera seul compétent » manifestant leur volonté de soumettre tout différend dans l'exécution de leurs relations commerciales à l'ordre juridictionnel français.

49- Il résulte de plus des circonstances de la cause que si l'usage du français dans le contrat et les échanges n'est pas en soi significatif s'agissant de la langue de travail couramment utilisée dans le secteur économique en Algérie, il constitue un indice qui peut être prise en compte et qui est en l'espèce corroboré par les circonstances que la France est le pays du lieu de signature et d'enregistrement des documents officiels désignant la société Sodmilab pour la représentation des produits Waters, le lieu du contrat formalisant leurs relations, ainsi que le lieu de provenance des produits et du règlement des commissions.

50- Il ressort également des pièces produites et notamment du contenu des accords passés entre les parties du 2 juin 1997 et du 15 mars 1999, que les prix étaient libellés en francs, que la société Sodmilab devait rendre compte périodiquement à la société Waters en France des visites commerciales effectuées en Algérie et que selon les termes du contrat du 25 février 2010, les devis étaient validés par la société Waters en France.

51- De plus les conditions générales des ventes réalisées par l'intermédiaire de la société Sodmilab en Algérie pour le compte de la société Waters prévoyaient expressément que « les ventes conclues par Waters sont régies par la loi française » ce qui constitue un indice supplémentaire de rattachement du rapport contractuel en faveur du droit national.

52- Il résulte ainsi avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause que les parties ont entendu soumettre leurs relations contractuelles à la loi française.

53- Il convient en conséquence pour ce motif d'infirmar la décision de ce chef et de dire que la loi française est applicable.

**Sur la détermination de la loi applicable à la relation contractuelle susceptible d'être qualifiée de contrat de distribution :**

54- La société Sodmilab recherche la responsabilité de la société Waters pour rupture brutale de relations commerciales établies sur le fondement de l'article L. -6,I,5 du code de commerce, dont elle revendique l'application au titre du droit national ou de la loi de police dans l'ordre international privé quelle que soit la nature de l'action délictuelle ou contractuelle qui serait retenue.

Sur la détermination de la loi de police des dispositions de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce,

55- Il convient de rechercher si le texte précité est applicable à titre de loi de police et à défaut de mettre en l'uvre la méthode conflictuelle prévue par le règlement du 17 juin 2008 n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I') ou le règlement n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II').

56- Les parties se réfèrent à l'article 9 du règlement Rome I qui définit la loi de police comme suit :

« 1.une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.

2.Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».

57- Le règlement Rome I adopte ainsi une définition autour du critère des intérêts publics et met en avant le caractère « crucial » du respect de la disposition impérative.

58- Selon le considérant 37 de ce règlement, la loi de police n'est pas seulement une disposition impérative au sens du droit national : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

**59- En l'occurrence, si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce, qui impliquent qu'une entreprise installée en France ne cause pas de dommage en rompant brutalement une relation commerciale établie, contribuent à la moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de contribuer au meilleur fonctionnement de la concurrence, elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, de sorte qu'elles ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application.**

**60- Dès lors, ces dispositions ne constituent pas une loi de police au sens de l'article 9 du règlement Rome I.**

61- Il convient en conséquence de déterminer la loi applicable au présent litige par application des règles de conflit de lois résultant des règlements Rome I et Rome II.

Sur la détermination de la loi applicable par application du règlement Rome I,

62- Selon l'article 3§1 du règlement Rome I, « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

A défaut de choix exercé conformément à l'article 3, l'article 4 prévoit que « la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit:

(...)

f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle;

(...)

Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. ».

63- En l'espèce dans l'hypothèse d'un contrat de distribution en exécution duquel la société Sodmilab achetait directement pour son compte les produits à la société Waters, la loi française est la loi du contrat dès lors que les conditions générales de vente de la société Waters reproduites au verso des factures prévoient que « les ventes conclues par Waters sont régies par la loi française ».

64- Cette constatation est corroborée par les circonstances évoquées plus haut étayées par les pièces produites desquelles il est ressorti de manière suffisamment certaine que les parties ont entendu soumettre leurs relations à la loi française et à l'ordre juridictionnel français expressément désigné.

65- Il s'en suit que le choix de la loi française résulte ainsi de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause et qu'en conséquence la décision ayant retenu l'application de la loi algérienne sera infirmée de ce chef, et il sera dit que la loi française est applicable.

Sur la détermination de la loi applicable par application du règlement Rome II :

66- L'article 4 dudit règlement prévoit que:

« 1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.

(...)

S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. »

67- Selon l'article 14§1 du règlement Rome II, « les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle : (°) b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage./ Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers. »

68- Pour les motifs précédemment énoncés, il résulte de façon certaine des circonstances de la cause que les parties ont entendu voir appliquer la loi française aux différends qui naîtraient de leurs relations commerciales portés devant la juridiction française.

69- La décision sera en conséquence entièrement infirmée et le droit français reconnu applicable.

Sur les frais et les dépens :

70- La société Waters qui succombe sera déboutée de sa demande formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile, condamnée aux dépens et à payer à la société Sodmilab en application de ces dernières dispositions la somme indiquée au dispositif.

71- L'équité commande de ne pas faire droit à cette demande au profit de M. Pablo C. ès qualités de liquidateur de la société Karsman.

VI- PAR CES MOTIFS

La cour,

1- Infirme la décision du tribunal de commerce du 21 janvier 2019 ;

Statuant à nouveau,

2- Dit que la loi française est applicable aux demandes de la société Sodmilab formées contre la société Waters,

3- Condamne la société Waters à payer à la société Sodmilab la somme de 8.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

4- Dit n'y avoir lieu au paiement d'une quelconque somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, au profit de M. Pablo C. ès qualités de liquidateur de la société Karsman,

5- Condamne la société Waters aux dépens d'appel qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile au profit de la SCP G. B., avocats au Barreau de Paris.

*Cass. com. 8 juill. 2020, n° 17-31.536*

La Cour (...):

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 juin 2017), la société Expedia Inc. et les sociétés Expedia France, Travelscape LLC, Vacationspot SL ainsi que Hotels.com LP (les sociétés du groupe Expedia) exploitent plusieurs agences de voyage en ligne qui proposent aux internautes de réserver, via leurs moteurs de recherche, des hébergements dans un grand nombre d'hôtels en France et à l'étranger.

2. Les relations commerciales entre les sociétés du groupe Expedia et les hôteliers pour les ventes de nuitées sont régies par des contrats organisant la mise en ligne de l'offre des hôteliers sur les canaux de réservation des sociétés du groupe Expedia.

3. En février 2011, dans le cadre d'une enquête diligentée par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (la DGCCRF), cinquante-trois contrats conclus entre 2008 et 2011 par les sociétés Travelscape LLC, Hotels.com LP et Vacationspot SL avec des hôteliers ont été communiqués aux enquêteurs, à leur demande.

4. En 2013, le ministre chargé de l'économie a assigné les sociétés Expedia Inc., Travelscape LLC, Vacationspot SL, Expedia France et Hotels.com LP en annulation des clauses de parité tarifaires, non tarifaires et promotionnelles présentes dans quarante-sept des contrats précités sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce et, subsidiairement, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du même code, en annulation de la clause dite « de la dernière chambre disponible » présente dans quarante-sept de ces contrats sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, et aux fins qu'il soit enjoint aux sociétés en cause de faire cesser les pratiques consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats et qu'elles soient condamnées au paiement d'une amende civile de deux millions d'euros.

Examen des moyens

Sur le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, et le quatrième moyen, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation. Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

6. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande tendant à voir écarter de la procédure les contrats retenus comme pièces à la procédure alors :

« 1°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'il en résulte que des pièces recueillies à l'occasion d'une enquête portant sur un contexte donné ne peuvent être utilisées dans un contexte différent ; qu'au cas présent, les contrats ont été recueillis par la DGCCRF dans le cadre d'une enquête portant sur de prétendues pratiques trompeuses à l'égard des consommateurs ; qu'elles ne pouvaient donc être utilisées dans le cadre de la présente procédure, qui portait exclusivement sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence ; qu'en admettant la recevabilité des contrats, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

2°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'au cas présent, la cour d'appel a observé que le procès-verbal de 2011 ne comportait pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, mais une mention pré-imprimée selon laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête ; que la cour d'appel a considéré que cette mention "faisait foi jusqu'à preuve contraire" ; qu'en statuant ainsi cependant que si une telle mention pouvait faire foi de l'existence d'une information donnée par les enquêteurs, elle ne fournissait aucun élément quant au contenu de ladite information, de laquelle dépendait la recevabilité des pièces recueillies par les enquêteurs de la DGCCRF ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

3°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que la simple mention, dans le procès-verbal de la DGCCRF, de l'article L. 450-3 du code de commerce, qui concerne de manière absolument générale les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF, n'était pas de nature à satisfaire cette obligation ; qu'en estimant que la mention de l'article L. 450-3 du code de commerce dans le procès-verbal aurait permis aux personnes destinataires de déterminer l'objet de l'enquête, la cour d'appel a méconnu l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

4°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que ce principe exclut donc une enquête à objet indéterminé ; qu'au cas présent, en considérant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'objet de l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2011 portait sur la conformité des contrats "à l'ensemble des textes en vigueur", la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve. »

Réponse de la Cour

7. Après avoir rappelé que les enquêteurs de la DGCCRF mettent en oeuvre, pour la recherche des infractions et manquements au livre IV du code de commerce constitués par des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, les pouvoirs prévus à l'article L. 450-3 du même code et qu'ils disposent par ailleurs de

pouvoirs d'enquête pour rechercher des infractions au code de la consommation sur le fondement des articles L. 215-1 et suivants du code de la consommation, la cour d'appel a constaté que c'est l'article L. 450-3 du code de commerce qui est mentionné sur le procès-verbal d'audition du 28 février 2011 de représentants de la société Expedia France et d'une société Expedia.com LTD. Le grief de la première branche, qui soutient que l'enquête portait sur des pratiques contraires au droit de la consommation, procède donc d'un postulat erroné.

8. L'arrêt relève également que, si le procès-verbal de déclaration du 28 février 2011 et de prise de copie de documents ne comporte pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, il indique, par une mention pré-imprimée, que les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête et en déduit que les deux personnes entendues étaient parfaitement informées qu'elles étaient interrogées sur le modèle marchand des plateformes en ligne, concernant leurs relations tant avec les clients finals qu'avec les hôtels partenaires, ainsi que sur la répartition des diverses responsabilités au sein du groupe. De cette appréciation, faisant ressortir que ces personnes connaissaient le contenu concret de l'objet de l'enquête, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la quatrième branche, la cour d'appel a pu déduire que l'obtention, à la demande d'un des enquêteurs ayant procédé à l'audition et postérieurement à celle-ci, des conditions générales de la société Expedia adressées aux hôteliers ainsi que des contrats signés avec ces derniers, transmis par les personnes ainsi entendues, n'était pas déloyale.

9. Le moyen, pour partie inopérant, n'est donc pas fondé pour le surplus.

Sur le deuxième moyen

Enoncé du moyen

10. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la loi française est applicable alors :

« 1°/ que si l'action du ministre, fondée sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence, visant au retrait de clauses contractuelles et à la mise en jeu de la responsabilité d'un des contractants, relève d'une qualification délictuelle, l'appréciation des clauses contractuelles en cause relève d'une qualification contractuelle ; qu'au cas présent, en soumettant la question de la licéité des clauses contestées incluses dans les contrats litigieux à une qualification délictuelle et donc au règlement Rome II, cependant que cette question, tributaire d'une qualification contractuelle, relevait du règlement Rome I, la cour d'appel a méconnu l'article 1er du règlement CE n° 593/2008 dit Rome I ;

2°/ que subsidiairement, à supposer que la question aurait relevé d'une qualification délictuelle, la loi applicable à une obligation non contractuelle n'est la loi du lieu du dommage que si une autre loi n'entretient pas des liens manifestement supérieurs avec la situation ; que de tels liens peuvent se fonder, notamment, sur une relation contractuelle sous-jacente ; qu'au cas présent, les prétendus dommages résultaient de clauses insérées dans des contrats qui étaient tous soumis à la loi anglaise ; qu'à supposer que la question relevait d'une qualification non contractuelle, la loi anglaise, qui régissait les relations contractuelles sous-jacentes entretenait donc des liens manifestement plus étroits et devait donc être appliquée à la place de la loi du lieu du dommage ; qu'en appliquant la loi française en tant que loi du lieu du dommage, la cour d'appel a violé l'article 4 § 3 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (dit Rome II) ;

3°/ qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application ; que l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

4°/ qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application ; que l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

5°/ que, en tout état de cause, les lois de police ne s'appliquent qu'aux situations entrant dans leur champ d'application, déterminé en considération de l'objectif qu'elles poursuivent ; qu'au cas présent, pour dire les articles L. 442-6, I, 2°, et L. 442-6, II, d) du code de commerce applicables, la cour d'appel s'est bornée à relever leur nature de lois de police ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de la situation avec la France au regard de l'objectif poursuivi par ces deux textes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I. »

Réponse de la Cour

**11. Après avoir relevé que le régime spécifique commun aux délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce se caractérise par l'intervention, prévue au III de cet article, du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public, et souligné que les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment pour demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les**

pouvoirs publics accordent à ces dispositions, la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6, I, 2° et II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police dont l'application, conformément tant à l'article 9 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'à l'article 16 du règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable.

12. Ayant ensuite relevé que les hôtels signataires des contrats en cause et victimes des pratiques alléguées étaient situés sur le territoire français, la cour d'appel a caractérisé un lien de rattachement de l'action du ministre au regard de l'objectif de préservation de l'organisation économique poursuivi par les lois de police en cause.

13. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche

Énoncé du moyen

14. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité et de dernière chambre disponible sont contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, de dire que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de dire que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, de prononcer la nullité de ces clauses dans les quarante-sept contrats du dossier, d'enjoindre aux sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et de condamner les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot SL et Travelscape) sa dernière chambre disponible, qu'il n'est en aucun cas prévu qu'il devra la lui réserver, que, pour retenir le caractère fautif de cette clause, la cour d'appel a jugé que "cette clause dite "de la dernière chambre disponible" prévoit que, quel que soit le nombre de chambres disponibles à la vente, l'hôtel doit réserver à Expedia la dernière chambre qui serait disponible sur son site", qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

15. L'article L. 442-6, I, d) du code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, dispose que sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. La cour d'appel a prononcé l'annulation de la clause dite « de disponibilité de la dernière chambre » sur le fondement de ce texte, après avoir retenu qu'elle instituait une garantie d'alignement des conditions faites aux sociétés du groupe Expedia sur les meilleures conditions en terme d'accès à la dernière chambre disponible. Ainsi, il importe peu que la clause litigieuse ait pour objet de permettre la réservation de la dernière chambre disponible de l'hôtel partenaire par le biais des sociétés du groupe Expedia comme par d'autres canaux, mais aux meilleures conditions de ceux-ci, ou de contraindre les hôteliers partenaires à réserver à ces sociétés leur dernière chambre disponible, dès lors que, dans les deux cas, elle les fait bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes en matière de disponibilité des chambres, ce qui suffit à justifier son annulation en application du texte précité.

16. Le moyen est donc inopérant.

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche :

Énoncé du moyen

17. Les sociétés du groupe Expedia font le même grief à l'arrêt alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot et Travelscape) sa dernière chambre disponible ; que ces clauses n'imposent aucunement aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia ; que, pour retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel a jugé que "la clause de la dernière chambre disponible impose aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia et donc de payer une commission sur elle ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016:

18. Selon ce texte, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

19. Pour retenir que la clause dite « de la dernière chambre disponible », corrélée à la clause de parité tarifaire, non tarifaire et promotionnelle, entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties,

l'arrêt retient que cette clause oblige l'hôtelier qui dispose de chambres encore disponibles à les vendre par l'intermédiaire des sociétés du groupe Expedia.

20. En statuant ainsi, alors que les clauses relatives à la dernière chambre disponible imposaient seulement aux hôteliers de permettre la réservation de cette chambre par le canal des sociétés du groupe Expedia dans les conditions prévues pour d'autres canaux, la cour d'appel, qui a méconnu la volonté exprimée par les parties dans les clauses litigieuses, a violé le texte susvisé.

Portée de la cassation

21. Il résulte du rejet du troisième moyen que l'annulation de la clause de parité de tarifs et de conditions et de la clause dite « de la dernière chambre disponible » est justifiée sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, avec les conséquences qui en résultent en termes d'injonction. La cassation encourue sur le cinquième moyen ne porte donc que sur les chefs de dispositif de l'arrêt disant que ces clauses, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que les sociétés Expedia Inc. et Expedia France sont responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et les condamnant, in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code du commerce et les condamne, in solidum avec les sociétés Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie, l'arrêt rendu le 21 juin 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne le ministre chargé de l'économie aux dépens ;

**Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 5, 8 octobre 2020 – n° 17/19893****FAITS ET PROCÉDURE :**

La société Haddadi D. est une société algérienne spécialisée dans la commercialisation et le service après-vente de matériels et engins de levage et de construction.

La société Terex Cranes France (ci-après Terex France), qui est une filiale du groupe Terex dont la société mère est la société américaine Terex Corporation, a pour activité la fabrication, l'entretien, la réparation, la vente, l'importation et l'exportation de tous matériels pour bâtiments, travaux publics ou autres.

La société Terex France et la société H. sont entrées en relations d'affaire au cours de l'année 2005 afin de commercialiser les produits de la première sur le territoire algérien.

Ces relations ont ensuite été formalisées par un contrat dénommé « contrat de prestations d'assistance et conseils » conclu le 15 juin 2008. Ce contrat a été conclu pour une durée d'une année à compter du 1er janvier 2008, renouvelable par tacite reconduction pour une même durée, jusqu'au 31 décembre 2009. Au titre des prestations d'assistance et de conseils, il était prévu que la société H. apporte son aide à la société Terex France sur les réglementations applicables sur le territoire algérien, sur les moyens de publicité et de promotion à mettre en oeuvre, dans la prospection, les réponses et le suivi administratif des appels d'offre, sur l'analyse de l'évolution du marché et de la concurrence, dans la commercialisation des matériels et dans le cadre de prestations de services après vente. Il était également prévu que la société H. puisse intervenir comme apporteur d'affaires.

Les relations des parties se sont poursuivies au-delà du terme prévu.

Parallèlement, la société H. était liée contractuellement à d'autres sociétés du groupe Terex.

Ainsi la société H. était liée à la société Demag Mobile Cranes (devenue par la suite Terex Cranes Germany) en vertu d'un contrat d'agent commercial avec exclusivité conclu le 12 juin 2002.

De même, la société H. était liée à la société Terex Italia en vertu d'un contrat d'agent commercial avec exclusivité conclu le 1er novembre 2004.

A compter du mois de mars 2011, des négociations ont eu lieu entre les sociétés du groupe Terex et la société H. en vue de parvenir à la conclusion d'un nouveau contrat au niveau du groupe.

Lors d'une réunion du 13 septembre 2011, les sociétés du groupe Terex ont indiqué à la société H. que pour se mettre en conformité avec la législation américaine et leurs règles internes, les commissions devraient désormais être versées au lieu du siège social de la société contractante.

Le 21 février 2012, la société H. a dénoncé le contrat la liant à la société Terex Italia en invoquant la violation de l'exclusivité consentie à son profit.

Par lettre du 11 juillet 2014, les sociétés Terex France et Terex Cranes Germany ont mis un terme à l'ensemble de leurs relations contractuelles avec la société H. à compter du 31 décembre 2014 en lui reprochant d'avoir établi deux fausses attestations d'exclusivité.

Par lettre du 25 juillet 2014, la société H. a, par l'intermédiaire de son conseil, contesté la résiliation des contrats et le motif allégué.

Par acte 28 mai 2015, la société H. a assigné la société Terex France devant le tribunal de commerce de Paris afin de voir sa responsabilité engagée du fait de la rupture brutale partielle, puis totale, de leurs relations commerciales et d'obtenir la réparation des préjudices subis.

Par jugement du 18 septembre 2017, le tribunal de commerce de Paris a :

- débouté la société Haddadi D. de sa demande au titre d'une rupture brutale partielle en 2012,
- débouté la société Haddadi D. de sa demande au titre d'une rupture brutale totale en 2014,
- débouté la société Haddadi D. de ses demandes au titre d'un gain manqué et d'une perte de chance,
- débouté la société Haddadi D. de sa demande au titre d'un préjudice d'image,
- condamné la société Haddadi D. à payer à la SAS Terex France la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- débouté les parties de leurs demandes autres plus amples ou contraires,
- ordonné l'exécution provisoire,
- condamné la société Haddadi D. aux dépens.

(...)

\*\*\*

**MOTIFS**

Sur le droit applicable

La société Terex France revendique l'application de la loi algérienne tandis que la société H. prétend à l'application de la loi française.

La société Terex France, ayant son siège social en France et la société H. ayant son siège social en Algérie, il existe des éléments d'extranéité justifiant la recherche de la règle de conflit de lois applicable.

La société H. a introduit une action indemnitaire pour rupture brutale des relations établies avec la société Terex France en se prévalant des relations contractuelles entretenues avec elle.

La société H. se plaint plus précisément de l'arrêt des missions qui lui étaient confiées par la société Terex France en qualité de prestataire de services (assistance, conseils et service après-vente) ainsi qu'en qualité d'apporteur d'affaires.

Il sera précisé que l'action en réparation du préjudice lié à la rupture brutale de ces relations commerciales, au regard de la relation contractuelle établie entre les parties, relève, au sens de la Cour de Justice de l'Union européenne, de la matière contractuelle.

Par ailleurs, eu égard à la nature des missions confiées à la société H., la loi applicable doit être déterminée, non pas en application de la convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation conclue le 14 mars 1978 mais en application du règlement CE n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), applicable à partir du 17 décembre 2009, soit en l'espèce, au jour de l'annonce de la rupture intervenue le 11 juillet 2014 ou encore au jour de la rupture partielle des relations alléguée qui serait intervenue le 6 novembre 2012.

Le règlement Rome I pose le principe de la liberté de choix de la loi applicable par les parties en son article 3 et précise, en son article 4, la loi applicable au contrat à défaut de « choix » des parties. Toutefois ces principes ne sont applicables qu'en l'absence de loi de police (article 9).

Il convient donc de rechercher si l'article L.442-6 I 5° du code commerce est applicable à titre de loi de police et à défaut, de mettre en l'uvre la méthode conflictuelle prévue par le règlement Rome I.

L'article 9 du règlement Rome I définit la loi de police comme suit :

« 1.une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.

2.Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».

Le considérant 37 du même règlement précise que : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et devrait être interprétée de façon plus restrictive. »

**Or les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, quand bien même elles ont, en droit interne, un caractère impératif, contribuent à un intérêt public de moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de participer au meilleur fonctionnement de la concurrence, visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, celle victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, en lui laissant un délai suffisant pour se reconvertir. Dès lors, ces dispositions ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable au contrat.**

Il convient en conséquence de déterminer la loi applicable au présent litige par application des règles de conflit de lois résultant du règlement Rome I.

Selon l'article 3§1 du règlement Rome I, « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

A défaut de choix exercé conformément à l'article 3, l'article 4 prévoit que « la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit :

- a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;
- b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;
- f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

(...)

4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. »

En l'espèce, la société H. se prévaut de l'article 17.3 du contrat conclu avec la société Terex France le 15 juin 2008 qui stipule que : « Le droit français sera seul applicable, et la version française du présent contrat fera seule foi. ». Toutefois la société Terex France prétend que ce contrat n'est pas applicable au litige dès lors qu'il a pris fin le 31 décembre 2009.

L'article 13 dudit contrat précise que :

« 13.1. Le présent contrat prendra effet le 1er JANVIER 2008 ou après avoir obtenu, s'il y a lieu, l'approbation des autorités de chacun des pays concernés, pour expirer le 31 DECEMBRE 2008.

13.2. A défaut de dénonciation par lettre recommandée avec accusé réception par l'une ou l'autre des parties 3 (trois) mois avant le 31 DECEMBRE 2008, il se renouvellera par tacite reconduction pour une durée d'une année (calendrier grégorien), soit selon le calendrier grégorien du 1er Janvier 2009 au le 31 décembre 2009.

13.3. les parties étant d'accord pour qu'il ne puisse se renouveler tacitement au-delà de cette date, et pour que la dénonciation par une des parties dans les conditions ci-dessus prévues n'ouvre pas droit au profit de l'autre partie, à une indemnité.

13.4. Les parties conviennent qu'après le 31 décembre 2009, la poursuite de leurs relations est subordonnée à la négociation d'un nouveau contrat.

Par ailleurs, l'article 15 du même contrat stipule que

« 15.1 A la fin du contrat, pour quelque cause que ce soit, la SARL H. sera tenu de restituer à TEREX-PPM tous les moyens de publicité et autres documents portant la marque de TEREX-PPM. La SARL H. devra supprimer tout élément pouvant faire croire à la poursuite de ses relations avec TEREX-PPM.

15.2. Les dispositions du présent article, de même que toutes relations d'affaires quelconques après la résiliation des présentes, ne constitueront pas un renouvellement du présent contrat, ni une renonciation à ladite résiliation. »

Il ressort de ces dispositions que les parties ont entendu exclure expressément tout renouvellement tacite du contrat du 15 juin 2008 découlant de la seule poursuite des relations au-delà du 31 décembre 2009.

C'est à la société H. qui se prévaut de la reconduction du contrat, en dépit des stipulations précitées, d'en rapporter la preuve.

Or celle-ci démontre que la société Terex France et la société H. ont poursuivi leurs relations postérieurement au 31 décembre 2009 dans le cadre d'un renouvellement exprès du contrat du 15 juin 2008.

En effet, il résulte de l'ensemble des correspondances et des projets de contrats échangés entre les deux sociétés postérieurement au 31 décembre 2009 que les parties ont consenti expressément au renouvellement dudit contrat à compter du 1er janvier 2010 et que celui-ci est demeuré en vigueur jusqu'au 11 juillet 2014, date de sa résiliation par la société Terex France.

Ainsi dans un courriel du 23 septembre 2011, il est indiqué qu'à la suite d'une réunion du 13 septembre 2011 qui s'est tenue entre D. H., François T., directeur général de Terex France, Raphael C. et Alexandre Ghazvinian, directeur régional « Ethics et compliance », il a été acté de la création d'une nouvelle société par D. H. en Suisse et de l'amendement du contrat existant pour permettre l'intervention de cette nouvelle société dans leurs relations.

Dans un courriel interne aux sociétés du groupe Terex du 2 mai 2012, Richard R., directeur juridique de la société mère Terex, a indiqué avoir proposé de soumettre à D. H. un accord de résiliation des anciens contrats liant les sociétés Terex à la société H. et un nouveau contrat de distribution.

Dans un courriel du 4 mai 2012, Daniel P., directeur commercial du groupe Terex pour la France, l'Europe du Sud et l'Afrique de l'ouest, a adressé à la société H. un projet de contrat de distribution et de représentation mentionnant en préambule l'existence d'un projet d'accord de résiliation des contrats en vertu desquels la société H. était chargée de la distribution ou d'agir en qualité de représentant en Algérie pour la vente de certains modèles de grue fabriqués par Terex Allemagne et Terex France.

Dans un courriel du 29 octobre 2012, Richard R., directeur juridique de la société mère Terex, a transmis à la société H. différents projets de contrats dont un accord amiable de résiliation portant sur la résiliation du contrat d'agence conclu le 12 juin 2002 entre la société Terex Allemagne et la société H. ainsi que sur la résiliation du contrat de prestation d'assistance et de conseil conclu le 15 juin 2008 entre la société Terex France et la société H..

Au mois de février 2013, un nouveau projet d'accord a été adressé à la société H. portant sur la résiliation du contrat d'agence conclu le 12 juin 2002 entre la société Terex Allemagne et la société H. ainsi que sur la résiliation du contrat de prestation d'assistance et de conseil conclu le 15 juin 2008 entre la société Terex France et la société H..

Dans plusieurs courriels du 3 mai 2012, 12 novembre 2012, 26 novembre et 29 novembre 2012, D. H. mentionne l'accord intervenu avec Terex sur le maintien des contrats existants et leur simple amendement pour permettre l'intervention d'une nouvelle société (suisse puis anglaise) en vue du respect des règles internes de « compliance » du groupe Terex.

Dans un courriel du 28 novembre 2012, D. H. précise que le contrat conclu avec Terex France (« MLM » - Montceau-les-Mines) est toujours en vigueur.

Enfin dans une lettre du 11 juillet 2014, les sociétés Terex Allemagne, Terex France et Gru Comedil ont résilié l'ensemble des accords les liant à la société H. et notamment le contrat de prestation d'assistance et de conseil daté du 15 juin 2008.

Il s'ensuit que le contrat du 15 juin 2008, renouvelé le 1er janvier 2010, s'applique au litige.

**En conséquence, le droit français est applicable en vertu de l'article 17.3 du contrat conclu avec la société Terex France le 15 juin 2008.**

Sur la rupture brutale des relations commerciales établies

(...)

PAR CES MOTIFS

La cour,

Statuant publiquement et contradictoirement,

CONFIRME le jugement du tribunal de commerce de Paris du 18 septembre 2017 en ce qu'il a débouté la société H.D. de sa demande au titre d'une rupture brutale partielle en 2012, débouté la société H.D. de ses demandes au titre d'un gain manqué et d'une perte de chance, débouté la société H.D. de sa demande au titre d'un préjudice d'image ;

L'INFIRME pour le surplus ;

Statuant à nouveau,

DIT que la société Terex France désormais dénommée société MHPS Cranes France est à l'origine d'une rupture brutale des relations commerciales établies avec la société H. et qu'elle aurait dû respecter un préavis de 9 mois ;

LA DÉCLARE responsable de ce chef et la condamne à verser à la société H. une somme de 165.721,12 euros au titre du préjudice financier résultant de cette rupture brutale des relations commerciales établies ;

CONDAMNE la société Terex France désormais dénommée société MHPS Cranes France à payer à la société H. une somme de 15.000 euros au titre des frais irrépétibles exposés tant en première instance qu'en appel ;

DÉBOUTE la société Terex France désormais dénommée société MHPS Cranes France de sa demande de ce chef ;

CONDAMNE la société Terex France désormais dénommée société MHPS Cranes France aux dépens de première instance ainsi qu'aux dépens d'appel, avec autorisation pour ces derniers d'en procéder au recouvrement selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile.

## SEANCE 4 : DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF, ABSENCE DE CONTREPARTIE

C. civ., art. 1168 à 1171  
C. com., art. L. 442-1  
C. consom., art. L. 212-1

### A. Eléments de doctrine

- X. Lagarde, Qu'est-ce qu'une clause abusive ?, JCP éd. G 2006, I, 110
- N. Sauphanor-Brouillaud, Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus, CCC, n° 6, juin 2008, étude 7.
- R. Saint-Esteben, L'introduction par la LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation, RDC 2009, p. 1275.
- M. Chagny, L'article L. 442-6-I-2° C. com. entre droit du marché et droit commun des obligations, D. 2011, p. 392.
- N. Mathey, Le déséquilibre significatif : approche civiliste et consumériste, CCC 2013, n° 5, dossier n° 3
- J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence, CCC, n° 11, novembre 2013, étude 14.
- R. Amaro, Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation, CCC 2014, n° 8-9, étude 8.
- E. Gicquiaud, Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif, RTD Com., 2014, p. 267.
- E. Dieny, Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ?, JCP E, 2015, n° 51-52, 1626.
- L. Gratton, Les clauses abusives en droit commun des contrats, D. 2016, p. 22.
- G. Chantepie Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation, AJ Contrats d'affaires, 2015, p. 218.

### B) Jurisprudence :

Conseil Constitutionnel Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018 relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce.

CJUE (1ère chbre) 16 janvier 2014, aff. C-226/12, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez.

Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 415

Cass. com. 8 juill. 2020, Expedia, n°17-31536

Cass. com. 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-10.512

Cass. 1re civ., 10 oct. 2018, n° 17-20.441, F-P+B :

Cass. com. 20 novembre 2019 pourvoi n° 18-12.823

Cons. const. 31 janvier 2011, DC n° 2010-85 QPC

CA Paris, 1er octobre 2014, RG n° 13/16336

Cass. com. 3 mars 2015, pourvoi n° 14-10907

Cass. com. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-27525

T. com. Paris, 7 mai 2015, RG n° j201500040

Cass. com. 27 mai 2015, pourvoi n° 14-11387

CA Paris, 1er juillet 2015, n° RG 13/19251

Cass. com. 29 septembre 2015, pourvoi n° 13-25043

C) Avis CEPC

Avis n° 11-06 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle  
Avis n° 09-12 venant compléter le dispositif de questions-réponses relatif à la mise en oeuvre de la LME

Avis n° 14-02 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive

Avis n° 15-01 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité à l'article L. 442-6-I, 1° et 2° du Code de commerce

Avis n°15-21 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L442-6 du code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises

Avis n°15-22 relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur la validité des conditions de révision du prix d'un abonnement

Avis n° 16-19 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers

#### **D) Et aussi**

Cass. com. 25 janvier 2017, n°15-23547, JCP, G, 2017, 255, note M. Béhar-Touchais, E. 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech, 2018, E, 1131, obs. D. Mainguy, D. 2017, p. 481, note F. Buy. Adde M. Béhar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit : RLC 2010, n° 23

*Cass. com. 25 janvier 2017, n°15-23547*

LA COUR (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1er juillet 2015), que le ministre chargé de l'économie, reprochant à la société Galec-groupement d'achats des centres Leclerc (le Galec) d'avoir soumis des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif à raison de certaines clauses du contrat-cadre ayant régi leurs relations en 2009 et 2010, relatives au versement d'une ristourne de fin d'année (la RFA) au bénéfice du distributeur, l'a assignée en annulation de ces clauses, répétition de l'indu et paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° et III du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de retenir un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de prononcer l'annulation des clauses prévoyant ces obligations dans les accords GALEC conclus en 2009 et 2010 avec les quarante-six fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, de le condamner à restituer les sommes perçues à ce titre et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne sanctionnent que le fait de soumettre un partenaire commercial à une « obligation » créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que le simple fait d'obtenir une réduction de prix de la part de son cocontractant ne soumet ce dernier à aucune « obligation » au sens de ces dispositions ; qu'en considérant, pour condamner le Galec, que la RFA Galec, qui constitue une simple réduction du prix fournisseur, caractérisait une telle « obligation », la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'il résulte de la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel que l'incrimination prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est conforme au principe de légalité des délits et des peines que dans la mesure où la notion de « déséquilibre significatif » renvoie à la notion, suffisamment définie par la jurisprudence, qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'en vertu de cet article, l'appréciation du « déséquilibre significatif » ne peut pas porter sur l'adéquation du prix au bien vendu ; qu'ainsi, le « déséquilibre significatif » au sens de l'article précité du code de commerce ne peut jamais résulter de l'inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en jugeant pourtant que la loi avait entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par

comparaison avec le tarif fournisseur, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que, si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce devait être interprété comme permettant de sanctionner le fait d'obtenir une simple réduction de prix, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, en ce qu'il sanctionne le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, serait privé de tout effet utile ; qu'il en résulte nécessairement que le législateur n'a pas entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

**Mais attendu, en premier lieu, que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ;**

**Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;**

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

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la loi LME du 4 août 2008 a instauré le principe de libre négociabilité des tarifs et supprimé l'obligation de justifier toute réduction du prix fournisseur par une contrepartie ; que si l'article L. 441-7 du code de commerce dispose que la convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et qu'elle fixe, notamment, les conditions de l'opérations de vente, y compris les réductions de prix, il n'en résulte pas pour autant que toute réduction de prix ne puisse intervenir qu'en contrepartie d'une obligation consentie par l'acheteur ; qu'en relevant pourtant, pour juger que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties aux contrats-cadres, que la loi LME n'avait pas supprimé la nécessité de contrepartie, que la réduction du prix accordée par le fournisseur devait avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur et qu'en l'espèce, la RFA Galec n'était compensée par aucune obligation réelle, la cour d'appel a violé les articles L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'en tout état de cause, à supposer que les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce impliquent l'exigence d'une contrepartie à toute réduction du prix « fournisseur », l'éventuelle méconnaissance de cette exigence ne conduit pas nécessairement à un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; qu'en se bornant à relever, pour juger que la RFA Galec créait un tel déséquilibre, que cette remise était dépourvue

de contrepartie réelle et méconnaissait donc les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que la caractérisation de l'infraction prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce suppose, tout d'abord, que le juge ait mis en balance les droits et obligations des parties au contrat, en les appréciant de manière concrète, que l'obligation imposée au cocontractant ait créé un « déséquilibre » dans ces droits et obligations et, enfin, que ce déséquilibre soit « significatif » ; qu'à supposer que le juge puisse, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contrôler l'adéquation du prix au produit vendu, il lui appartiendrait alors d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écarte significativement de ce juste prix ; qu'en l'espèce, la cour d'appel n'a procédé à aucun examen, même sommaire, des produits en cause ou des différents taux de remises consentis ; qu'en se bornant à relever que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sans rechercher si les tarifs obtenus à la suite de la réduction du prix s'écartaient significativement du juste prix des produits, elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

**Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt rappelle que la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale ; qu'il relève que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite ; qu'il en déduit que la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; que de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif ;**

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève que les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ; qu'il relève encore que les acomptes dus au titre de la RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires sur lequel le Galec s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir la réduction du prix et ajoute que l'article V du contrat-cadre permettait au distributeur d'obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur ; qu'il relève enfin que le Galec n'allègue pas que d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu retenir que les clauses litigieuses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant fait ressortir, par les motifs précités, que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en oeuvre d'une ristourne de fin d'année, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;

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

Sur le troisième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient au ministre chargé de l'économie, agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce de prouver l'existence de la pratique restrictive de concurrence qu'il invoque ; que,

pour établir l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la cour d'appel a relevé que la différence de taux de ristourne appliqué aux fournisseurs n'était pas la preuve d'une négociation et que le Galec n'offrait pas de démontrer l'existence de négociations ayant existé avec ses fournisseurs ; qu'en statuant ainsi, elle a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ; 2°/ que la preuve d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne peut résulter que d'éléments démontrant que le distributeur a exercé des pressions auxquelles les fournisseurs ne pouvaient résister ; qu'en se bornant à relever, pour considérer que l'existence d'une soumission était établie, que l'annexe 2 des contrats-cadres avait été pré-rédigée par le Galec puis signée par le fournisseurs sans modification, qu'il existait une contradiction entre cet annexe et l'article V des contrats-cadres quant au délai de paiement de la RFA et que le procès-verbal du 30 avril 2009 laissait penser que le Galec avait cherché à préserver ses marges malgré les nouvelles dispositions de la loi LME, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

**Mais attendu qu'après avoir rappelé que la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 ; qu'il relève que les cent dix-huit contrats-cadres et leurs annexes ont été paraphés et signés par tous les fournisseurs, et ce, alors même qu'existait une contradiction entre l'article V des contrats-cadres et l'annexe 2, concernant les délais de paiement de cette ristourne ; qu'il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; qu'il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;**

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de le condamner à verser au Trésor public la somme de 61 288 677,84 euros correspondant aux sommes ayant été perçues au titre de la RFA, à charge pour le Trésor public de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, alors, selon le moyen, que la partie qui a indûment perçu des sommes de son cocontractant ne peut être condamnée qu'à restituer ces sommes au cocontractant lui-même ; qu'aucune disposition législative ne permet au juge de condamner cette partie à verser au Trésor public des sommes indûment perçues, quand bien même ce dernier serait chargé de restituer les sommes au cocontractant ; qu'en condamnant le Galec à verser au Trésor public des sommes perçues au titre de la RFA Galec, à charge pour celui-ci de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, III du code de commerce ;

**Mais attendu que le ministre chargé de l'économie a été habilité par le législateur à demander à la juridiction saisie, sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce, la répétition de l'indu dans le cadre d'une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, à charge pour lui d'informer les parties au contrat de l'introduction de son action ; qu'ayant constaté que le ministre avait procédé à cette information et que la restitution des sommes indûment perçues au titre de la RFA s'opérerait entre les mains du Trésor public à charge pour ce dernier de les restituer aux fournisseurs visés dans une liste annexée, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article L. 442-6, III du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;**

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Galec-groupeement d'achats des centres Leclerc aux dépens ;

**CAS PRATIQUE**

La société Alpha est un fournisseur de produits d'hygiène et de beauté. Elle diffuse notamment les marques BIOUTYplus et NOVEA, qui correspondent des produits « phares » pour Alpha et fondent environ 75% de son chiffre d'affaires. Elle est en relation avec diverses enseignes de la grande distribution. Chaque année une négociation s'engage en vue de la conclusion d'une « convention unique » et établissant les relations entre les parties.

Le Groupe Vilprix pratique une stratégie offensive sur les prix, dans le but de conquérir des parts de marché, le conduisant à des pratiques de prix coutant, au seuil de revente à perte exactement, de produits qu'ils considèrent comme des produits « locomotives », dont les produits sous marque Bioutyplus et Novea.

La conséquence immédiate est d'attirer l'attention des concurrents d'ABC, qui s'étonnent des prix très bas pratiqués par les enseignes du groupe Vilprix, d'autant qu'ABC dévoile dans le même temps les accords conclus à ses concurrents, clients de Alpha et qui, par hypothèse, ont conclu des Accords Cadres similaires mais à des conditions distinctes (comprenant pour certains une clause d'alignement sur les prix les plus faibles consentis).

Alpha a cessé de livrer ABC, depuis le 19 mai 2020, invoquant des difficultés de livraison, plus ou moins rattachables aux stipulations de l'annexe 2 « Conditions et qualité de l'approvisionnement » de l'Accord Cadre ABC 2020, ce face au risque de déréférencement en cascade par les autres centrales.

Alpha est, à très court terme, menacée de poursuites par ABS, sur le fondement d'un refus de vente, ou d'une rupture brutale des relations commerciales établies, voire de pratiques anticoncurrentielles.

**Alpha souhaite ainsi une étude de la situation et des solutions, éventuellement, pour y remédier.**

Parmi les stipulations du contrat on peut trouver les formules suivantes :

#### **Article 1. Objet**

Le présent contrat est établi entre la société Alpha et la société ABC distribution, qui est la centrale de référencement des sociétés et enseignes du Groupe VILPRIX, ci-après désignés « les Membres »). ABC est établie en Belgique, à Bruxelles, 12 rue des Escrocs.

ABC est mandatée par ses membres pour référencer, négocier les contrats à l'endroit des fournisseurs, auprès desquels les Membres pourront passer commande.

ABC est également mandatée pour facturer et encaisser tous les avantages tarifaires différés et rémunérations de prestations rendues par ABS ou les Membres.

Le présent accord est un accord cadre conclu afin d'optimiser la diffusion des produits du Fournisseur auprès des Membres.

L'accord cadre définit les différentes obligations auxquelles sont engagées les parties telles que prévues par l'article L. 441-3 du Code de commerce.

#### **Article 2. Conditions de vente et respect des conditions négociées**

Les conditions contractuelles résultent de la négociation entre les parties sur la base des conditions générales et tarifs du fournisseur telles que communiquées à ABC.

(...)

Cet accord est conclu à l'issue des négociations dont il reprend l'intégralité du résultat.

Le fournisseur s'interdit de modifier les conditions et tarifs, sans l'accord exprès et préalable et écrit de ABC.

Il est conclu sur la base des conditions économiques en vigueur que les parties connaissent et acceptent, en sorte qu'elles renoncent expressément à toute mise en œuvre de quelque technique de traitement des changements de circonstances économiques. (...)

#### **Article 6 Conditions particulières de vente**

<b>REMISES*</b>			
<b>Nature de la réduction</b>	<b>Taux négocié</b>	<b>Commentaires</b>	<b>Ordre d'application**</b>
2018 , Remises CPV 1	29,00 %		3
- Casino	29,00 %		
- Franprix	29,00 %		
- Leader Price	29,00 %		
- Monoprix	29,00 %		

<b>TOTAL REMISES</b>	<b>29,00 %</b>
----------------------	----------------

<b>RISTOURNES INCONDITIONNELLES*</b>			
<b>Nature de la réduction</b>	<b>Taux négocié</b>	<b>Commentaires</b>	<b>Ordre d'application**</b>

<b>TOTAL RISTOURNES INCONDITIONNELLES</b>	<b>0,00 %</b>
---	---------------

<b>RISTOURNES CONDITIONNELLES*</b>			
<b>Nature de la réduction</b>	<b>Taux négocié</b>	<b>Commentaires</b>	<b>Ordre d'application**</b>
ZR73 , 0,05 vol+5% 0,10 vol	0,05 %		11
- Casino	0,05 %	soit 0,05% pour un volume a + 5%	
- Franprix	0,05 %		
- Leader Price	0,05 %		
- Monoprix	0,05 %		

<b>TOTAL RISTOURNES CONDITIONNELLES</b>	<b>0,06 %</b>
---	---------------

\* Réductions devant figurer sur la facture du Fournisseur conformément aux dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce et des articles 289 et 289 bis du Code Général des Impôts :

- remises à déduire sur facture,
- ristournes inconditionnelles à mentionner en pied de facture,
- ristournes conditionnelles à mentionner en pied de facture à partir de la réalisation de la condition.

\*\* Mentionner l'ordre d'application des réductions de prix pour prise en compte des modalités de calcul convenues avec le Fournisseur (mode additionnel sauf mention en cascade).

**Article 7 Services rendus visant à favoriser la commercialisation des produits auprès des consommateurs (coopération commerciale)**

SERVICES RENDUS POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS AUPRES DES CONSOMMATEURS	REMUNERATION
ZC01 , CATAL MULTI SUP/FID - Casino - Franprix - Leader Price - Monoprix Catalogues multi supports et fidelite Fidélité / Mise en oeuvre des opérations consommateurs : Mise en oeuvre d'actions promotionnelles des marques/produits des industriels optimisant la fidélisation des consommateurs par des opérations multi-supports (Leaflet, e-mailing, SMS...) et multi-formes (réduction de prix, lots virtuels, points fidélité, Smiles, bons d'achat...) adaptées aux différents réseaux du Groupe Casino ET/OU Catalogues / Mises en avant multi-supports : Parution en catalogue des produits du fournisseur avec relais et mise en avant en magasin et/ou Parution en catalogue des produits du fournisseur lors des campagnes publicitaires audiovisuelles du fournisseur et/ou Relais en catalogue d'une opération promotionnelle de trade marketing (concours, vente avec prime...) du fournisseur et/ou Accompagnement de la présence en linéaire de coupons de réduction du fournisseur par un relais en catalogue afin de renforcer l'efficacité de la promotion du fournisseur.	7,82 % 6,70 % 6,70 % 14,26 % 6,70 %
ZC22 , MS MAR LCT NVX PDTS - Casino - Franprix Mise en marche / aide au lancement nouveaux produits La mise en marché des nouveaux produits est gérée en partenariat avec l'industriel : - rendez-vous ou réunion de présentation de l'innovation, discussion conjointe sur le potentiel de vente du produit/gamme de produits au sein des différents réseaux de vente du Groupe Casino. - analyse et sélection par rapport aux évolutions du marché et de la concurrence sur la famille concernée	0,75 % 1,16 % 1,16 %
ZC23 , DIFFUSION GROUPE - Casino - Franprix	0,50 % 0,50 % 0,50 %

SERVICES RENDUS POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS AUPRES DES CONSOMMATEURS	REMUNERATION NEGOCIEE
- Leader Price - Monoprix	0,50 % 0,50 %
ZC60 , MISE EN AVT SPÉCIF - Casino - Franprix - Monoprix Mise en avant spécifique Emplacements spécifiques en catalogue (ex.: première / dernière de couverture, page solo), mise en avant spécifiques en magasin (tour innovation, palettes au sol, vitrines, bornes, flux poussés, etc.)	3,97 % 4,40 % 4,40 % 5,56 %
ZC79 , promo interenseignes <i>IRTS</i>  - Casino - Franprix - Leader Price - Monoprix	1,05 % 1,05 % 1,05 % 1,05 %
ZC22 , MÉDIAS POINTS VENTE - Casino - Franprix - Monoprix	1,70 % 2,00 % 2,00 % 2,00 %

Chaque opération ainsi définie suppose un paiement par anticipation par le Fournisseur sur la base d'un échéancier en annexe et établi sur la base de la moyenne des services rendus par l'ensemble des fournisseurs.

ABS pourra en outre fournir des prestations complémentaires durant l'exécution du contrat dont :

- Renfort communication (1<sup>ère</sup> ou dernière page, page solo, encart trade, tract, communication ciblée sur ticket de caisse)

- Renfort Lancement innovation
- Nouveaux référencements produits nouveaux
- Salons

L'ensemble de ces prestations correspond à une rémunération négociée à hauteur de 1,05% du chiffre d'affaires, payable dans les mêmes conditions.

(...)

## **Annexe Conditions et qualité de l'approvisionnement**

La présente convention a pour objectif de déterminer les règles essentielles propres à assurer la qualité des livraisons par les fournisseurs des marchandises commandées par les Membres qui doivent permettre dans l'intérêt commun des Parties et celui, plus important, du consommateur final, une collaboration accrue entre le Fournisseur et les Membres dans l'optimisation de la chaîne globale d'approvisionnement et notamment la prévention de la rupture de stocks.

Les stipulations ci-après définissent les conditions de prise de commande, de livraison, de ponctualité, etc. et le cadre général des pénalités convenues entre les Membres, via ABC, et le Fournisseur.

### **B - DELAI DE PREVENANCE PRODUITS PERMANENTS**

La nécessité pour les Membres de servir au mieux leurs points de vente de formats différents implique une fiabilité des échanges d'informations avec le Fournisseur et une anticipation des éventuelles difficultés de livraison. A ce titre, pour les produits permanents, les Parties conviennent du respect par le Fournisseur d'un délai de prévenance de quinze (15) jours ouvrés minimum avant la date de rupture, notamment en cas de ruptures de longue durée.

Le Fournisseur devra communiquer la période précise pendant laquelle les produits concernés seront en rupture et tenir les Membres informés de l'évolution de la situation, ces informations étant destinées à permettre aux Membres de prendre les dispositions nécessaires dans leurs entrepôts et points de vente.

Au-delà d'un délai de rupture supérieur à trois semaines, malgré les dispositions qui pourraient être prises par les Membres pour pallier cette rupture, les Membres seront en droit d'appliquer les pénalités pour rupture telles que précisées ci-après.

Pendant ces trois semaines, les Membres n'appliqueront pas de pénalités, sous réserve que les produits du Fournisseur ne soient pas en rupture discriminante.

### **C - CONSEQUENCES DES RUPTURES FOURNISSEURS ET RETARDS DE LIVRAISON**

#### ***C - 1 Objectif des pénalités***

Les présentes pénalités visent à réparer le préjudice résultant des ruptures et/ou retards de livraison en entrepôts, imputables au Fournisseur. Les Parties sont convenues des conditions de mise en oeuvre définies ci-dessous.

#### ***C - 2 Information du Fournisseur***

Avant toute facturation de pénalités de retard ou de rupture, le Fournisseur sera mis en mesure de contrôler la réalité du grief formulé à son égard, conformément aux dispositions de l'article L.442-6 I 8° du Code de commerce.

Conformément à la charte ECR du 13 septembre 2012, les Membres communiqueront au Fournisseur, en cas d'émission d'une demande de pénalité, les informations documentées permettant l'analyse contradictoire, avec au minimum :

- N° de commande par point de livraison concerné
- Date de livraison
- Produits concernés: codes GTIN et/ou libellés
- Quantités concernées

*[Signature]*  
*[Signature]*

C-3 Aucun cas, qui n'aurait pas été porté à la connaissance de ABC ou d'un Membre, ne peut justifier un retard quelconque ou une rupture dans la chaîne d'approvisionnement sous la condition essentielle que ce cas constitue un cas de force majeure, et un cas de force majeure seulement.

**C-3 Taux**

Le calcul différencie les produits selon leur nature (permanents, promotionne

Le taux de pénalité retenu est précisé dans le tableau ci-dessous :

<b>Produits</b>	<b>Schémas Logistiques</b>	<b>Taux pénalité</b>
		Sec/Surg/Non AI
Permanents	Flux stocké	10,0%
	Cross-Dock	20,0%
Promotionnels	Flux stocké	20,0%
	Cross-Dock	20,0%

**Séance 5 : INDIVISIBILITÉ DES CONTRATS DANS UN RÉSEAU DE DISTRIBUTION**

**À consulter pour la réalisation du cas pratique :**

- ADLC, avis 10-A-26, 10 déc. 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. (Disponible sur le site <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>).

- S. BROS, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 29 et s.

**Avis n°10-A-26, 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (EXTRAITS)**

(...)

**II. Le secteur français de la grande distribution alimentaire**

(...)

**E. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE DANS LE SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE**

(...)

**3. L'ÉTANCHÉITÉ DES DIFFÉRENTS RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE**

(...)

**b) La faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes**

(...)

**Les différentes explications de la mobilité limitée des magasins indépendants**

La relative inertie des magasins indépendants semble a priori pouvoir s'expliquer de différentes manières.

Cette situation pourrait, en premier lieu, s'expliquer par l'absence de volonté et/ou de capacité des groupes intégrés à développer la franchise ou tout autre mode d'affiliation. En effet, les grands groupes de distribution intégrés ont assez peu développé la franchise sur les formats des hypermarchés et du maxi-discount. Dès lors, leur capacité à accueillir des magasins sur ces formats serait limitée. Toutefois, cette explication présente trois limites. D'une part, les groupes intégrés ont la possibilité de racheter les magasins franchisés afin de les exploiter en propre, notamment lors des départs à la retraite des dirigeants de magasins affiliés. D'autre part, plusieurs opérateurs intégrés ont indiqué que les obstacles à la création de nouveaux magasins les incitaient fortement à développer leurs réseaux de franchise, sur des formats ou dans des zones géographiques où ils étaient jusqu'alors peu présents. Enfin, la faible mobilité des magasins a également été constatée au sein des groupements coopératifs ou sur les formats où l'exploitation des magasins en franchise est importante, comme les commerces de proximité par exemple. Par conséquent, l'absence de mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents ne résulte pas d'une réticence des groupes de distribution à accueillir des magasins indépendants, mais bien de l'absence de volonté ou des difficultés que rencontrent les magasins indépendants à changer de réseau.

En deuxième lieu, l'absence de mobilité des magasins indépendants pourrait également s'expliquer par l'attachement que portent les magasins affiliés à leur enseigne. Cet attachement résulterait notamment de la satisfaction économique que les magasins indépendants retirent de leur affiliation à la tête de réseau, ces derniers n'ayant dès lors aucune envie d'en changer. Il découlerait également des valeurs communes et des liens humains développés au sein des réseaux et notamment au sein des groupements coopératifs (les journées de travail collectif régional ou national, le système de parrainage mis en place par le groupement Leclerc etc.).

En troisième lieu, tout changement d'enseigne constitue un risque commercial certain, de nature à dissuader, dans certains cas, les magasins affiliés de changer de réseau. En effet, le niveau de notoriété auprès des consommateurs diffère sensiblement selon les enseignes. Le gérant d'un magasin n'est donc jamais tout à fait certain que sa clientèle soit disposée à rester fidèle à son magasin plutôt qu'à son enseigne. En outre, tout changement d'enseigne implique une modification du mode de gestion (modalités d'approvisionnement, système informatique, etc.), et de l'agencement du magasin, ainsi que de l'assortiment et des prix, tant à l'achat qu'à la revente, des marchandises.

Enfin, l'absence de mobilité des magasins indépendants semble principalement devoir trouver son explication dans les relations tant contractuelles que capitalistiques qu'entretiennent les groupes de distribution alimentaires avec leurs magasins affiliés. Tout d'abord, l'instruction a relevé une certaine opacité de ces relations, due notamment à la multiplication des documents contractuels formalisant la relation et au manque d'information de l'affilié sur la portée des engagements auxquels il a souscrit. Ce manque de transparence empêche le candidat à l'affiliation ou l'affilié arrivé à échéance de son contrat de mettre en concurrence les différentes enseignes et freine ainsi la mobilité des

magasins affiliés entre les différents réseaux. De plus, certains dispositifs contractuels et capitalistiques mis en œuvre par les groupes de distribution dans leurs relations avec leurs affiliés, comme des durées d'engagement relativement longues, des droits d'entrée au paiement différé, des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles et des droits de priorité, ont pour objet ou effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau. Ces différents dispositifs sont analysés ci-après (cf. infra paragraphe 113 et suivants).

(...)

#### **IV. Analyse concurrentielle des pratiques constatées concernant les modalités de gestion du foncier commercial et recommandations(...)**

##### **B. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : LA SUPPRESSION DES CLAUSES DE NON-**

##### **CONCURRENCE ET DES DROITS DE PRIORITÉ PRÉSENTS DANS LES CONTRATS DE VENTE ET D'ACQUISITION DE FONCIER COMMERCIAL**

Dans le secteur de la grande distribution alimentaire, la concentration excessive de certaines zones de chalandise résulte en partie de l'existence de barrières à l'entrée élevées.

Ces obstacles à l'arrivée de nouvelles enseignes sont issus, pour une part significative, des procédures administratives préalables à l'implantation d'un nouveau magasin. Sur ces différents aspects, l'Autorité de la concurrence renvoie notamment à son avis n°07-A-12 sur les législations Royer et Raffarin, où étaient constatés à la fois l'échec de ces réglementations à protéger le commerce de proximité et leur rôle dans le degré de concentration excessif des zones de chalandise. A cette occasion, le Conseil de la concurrence avait préconisé de limiter la réglementation de l'urbanisme commercial au seul droit de l'urbanisme et à ne pas y surajouter des procédures administratives supplémentaires. A l'aune des constatations effectuées dans cet avis, l'Autorité de la concurrence ne peut que d'autant plus réitérer cette recommandation que les incertitudes administratives spécifiques qui pèsent sur les grandes surfaces à dominante alimentaire rendent leur recherche de foncier commercial plus ardue.

Toutefois, l'instruction de cet avis a surtout permis de constater que les obstacles réglementaires à l'entrée sont aggravés par les comportements des opérateurs en place, et notamment par leur recours à des clauses de non-concurrence dans une part significative des contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial. Dans les contrats de vente de foncier commercial, celles-ci ont pour objet d'interdire à l'acquéreur d'un terrain ou d'un local commercial d'exercer une activité alimentaire pour une durée pouvant aller jusqu'à 50 années. Plus rarement incluses dans les contrats d'achat de foncier commercial, elles ont alors pour objet d'interdire l'implantation de sociétés pouvant exercer une activité alimentaire sur les autres terrains détenus par le vendeur (le plus souvent mitoyens du terrain objet dudit contrat), la durée de ces clauses pouvant également s'étaler sur plusieurs dizaines d'années. L'instruction a également permis de relever la présence de droits de priorité au profit des groupes de distribution dans certains contrats de vente de foncier commercial, ces derniers ayant des durées pouvant aller jusqu'à 50 ans à compter de la date de signature du contrat. Ces clauses donnent un avantage concurrentiel important au bénéficiaire en lui permettant d'avoir connaissance des offres faites par des acquéreurs potentiels et d'anticiper ainsi l'arrivée d'un concurrent ou de l'empêcher en faisant jouer son droit de priorité.

Plusieurs opérateurs ont indiqué que de telles clauses avaient constitué un obstacle retardant leur entrée sur une zone de chalandise ou atténué son impact. Il a en outre été constaté que de telles clauses sont également mises en œuvre par des opérateurs susceptibles de disposer, sur leur zone de chalandise, de parts de marché élevées et qu'elles pouvaient concerner des marchés locaux déjà relativement concentrés. En outre, les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces clauses dans les contrats n'emportent pas la conviction, celles-ci ne semblant pas nécessaires pour inciter à l'investissement dans ce secteur ou pour garantir un meilleur service au consommateur.

La suppression de ces clauses de non-concurrence, tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés, apparaît donc nécessaire, ces dernières étant génératrices d'une limitation de la concurrence et constituant un frein à l'installation de nouvelles enseignes.

Plusieurs solutions alternatives à une interdiction totale de ces clauses ont été envisagées. Il serait théoriquement possible de n'interdire ces clauses et ces droits de priorité que dans les zones où le degré de concentration dépasse un certain seuil. Une telle condition imposerait toutefois de délimiter le marché local, d'évaluer son degré de concentration et d'ajuster les zones jugées concentrées au fur et à mesure de leur évolution (en fonction des ouvertures et des fermetures de magasin). Compte tenu de l'absence de gains d'efficacité associés à ces clauses, l'incertitude juridique qui découlerait de la délimitation des zones de chalandise et de la mesure du degré de concentration rend nettement préférable leur interdiction pure et simple. De la même façon, l'autorisation de clauses de non-concurrence limitées dans le temps pour des surfaces foncières peu susceptibles d'accueillir un nouvel opérateur constituerait un remède difficile à surveiller alors même que les effets produits par ces clauses peuvent être significatifs.

Ces recommandations sont proches de celles formulées par la *Competition Commission* britannique. Celle-ci a notamment remis en cause les clauses restrictives d'exploitation par lesquelles un groupe de distribution vendant un terrain interdisait à l'acheteur de l'exploiter pour une activité de distribution ou de le revendre à un autre groupe de distribution (« *restrictive covenant* ») et a également limité la durée de certaines exclusivités territoriales par lesquelles un distributeur était protégé de l'implantation de distributeurs concurrents sur une même zone géographique (cf. *Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation, 2008*).

## V. Les pratiques constatées dans les relations d'affiliation entre les commerçants affiliés et les groupes de distribution

La décision d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 indique: «Sur les contrats d'affiliation des magasins indépendants, la saisine examinera les différents contrats en vigueur, notamment les contrats de franchise ou d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants, ainsi que les autres 34 contrats liant un commerçant à une personne juridique représentant le réseau (contrat d'approvisionnement, de location-gérance, de bail, pacte d'associés, etc.). Il s'agira pour l'instruction d'apprécier la force du lien entre les têtes de réseau et les commerçants affiliés, et le degré réel d'indépendance de ces derniers. L'impact de ces relations verticales sur la mobilité inter-réseaux devra être évalué pour chacun des principaux formats de vente (hypermarchés, supermarchés, magasins de proximité, magasins spécialisés), en fonction de la nature et de l'encadrement réglementaire des liens entre les membres du réseau. Devront ainsi être pris en compte la durée des contrats liant le commerçant indépendant et son réseau, les obstacles s'opposant au changement d'enseigne d'un magasin et les barrières à l'entrée ainsi créées à l'encontre de nouveaux opérateurs. Les caractéristiques de ces relations entre le magasin indépendant et son réseau d'affiliation devront ensuite être appréciées au regard de leurs potentiels effets concurrentiels, eux-mêmes fonction de la rareté des emplacements commerciaux sur les zones de chalandise et du poids des opérateurs liés par ces contrats sur les marchés pertinents identifiés. Les justifications pro-concurrentielles de ces clauses, en termes de transfert de savoir-faire et de réduction du risque supporté par le magasin indépendant notamment, devront également être prises en compte dans cette évaluation» (paragraphe 6).

En premier lieu, l'instruction de l'avis a permis de constater l'importance du parc de magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution à dominante alimentaire. Selon les déclarations des principaux opérateurs, celui-ci représente en France environ 63% du total des hypermarchés, 70% du parc des supermarchés (hors magasins de maxi-discount) et 77% du parc des magasins de proximité, la part des magasins restants représentant les magasins intégrés exploités directement par les groupes de distribution.

L'instruction a en second lieu mis en évidence la variété des types organisationnels et contractuels d'affiliation. En effet, les modes d'affiliation d'un magasin indépendant à un groupe intégré sont variés. À titre d'illustration le groupe Carrefour distingue ainsi cinq modèles d'organisation de son parc de magasins : « Cas n°1: magasins intégrés exploités directement par Carrefour ; Cas n°2 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales sans prise de participation de Carrefour), propriétaires du fonds de commerce ; Cas n°3 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales), locataires-gérants de Carrefour ; Cas n°4 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, locataires-gérants de Carrefour ; Cas n°5 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, propriétaires du fonds».

Comme indiqué supra (paragraphe 72 et suivants), l'instruction a enfin été conduite à souligner la faible mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents. Compte tenu des multiples obstacles à la création de nouveaux magasins, cette faible mobilité est constitutive d'une véritable barrière à l'entrée dans le secteur de la distribution alimentaire. Pour une part significative, cette inertie des magasins affiliés est due à certains dispositifs mis en place par les groupes de distribution, qui ont pour objet et/ou effet d'empêcher leurs magasins affiliés de quitter le réseau. Ces dispositifs sont d'ordre contractuel d'une part (A) et capitalistique d'autre part (B).

### A. LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS

Les relations entre les affiliés et les groupes de distribution sont souvent formalisées par divers documents contractuels (contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'approvisionnement, contrat de licence de marque, contrat de location-gérance, statuts, règlement intérieur, etc.). Pour la plupart, ces relations présentent plusieurs dispositifs qui ont pour objet et/ou pour effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau à savoir, des engagements de durée relativement longs (1), des échéances différentes entre les nombreux contrats liant le magasin et sa tête de réseau (2), des droits d'entrée à paiement différé (3), des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié (4) et enfin, des droits de priorité au profit des têtes de réseau (5).

#### 1. LA DURÉE RELATIVEMENT LONGUE DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS

L'instruction a permis de constater des durées d'engagement relativement longues (a) auxquelles les opérateurs ont apporté des justifications peu convaincantes (b). L'analyse juridique de ces clauses permet de s'interroger sur le caractère excessif de la plupart des durées d'engagement constatées (c).

##### a) Des durées d'engagement relativement longues et disparates selon les enseignes

De manière générale, ce sont les groupements coopératifs qui présentent la durée de contractualisation la plus longue avec des durées d'adhésion pouvant aller jusqu'à 30 ans.

Toutefois, l'un des grands groupements coopératifs français ne prévoit pas de durée minimale d'adhésion de ses membres : ceux-ci sont libres de se retirer du groupement à la fin de l'exercice social et moyennant le respect d'un préavis de six mois.

Les contrats de franchise employés par les groupes intégrés sont dans l'ensemble d'une durée plus courte que les contrats d'adhésion aux réseaux coopératifs. Leur durée est comprise entre 3 et 9 ans. Ils sont le plus souvent tacitement renouvelables pour une durée équivalente à la durée initiale. Les durées de préavis de résiliation sont en général comprises entre six mois et un an. Une absence d'uniformité des durées par type de format entre enseignes de groupes différents ainsi qu'entre les différentes enseignes d'un même groupe a également été constatée.

Pour s'assurer du respect de la durée des contrats par les magasins indépendants, la plupart des enseignes utilisent également des clauses pénales d'indemnisation en cas de rupture anticipée du contrat. Le montant prévu de ces indemnités correspond en général au montant des cotisations restant dû jusqu'à l'échéance du contrat ou à un certain pourcentage (pouvant atteindre 10 %) du chiffre d'affaires de l'affilié. A titre de comparaison, il convient de rappeler que selon la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (la FCD), la moyenne des taux de marge nette des trois principaux distributeurs intégrés (Auchan, Carrefour et Casino) est de 2 % en 2009. Enfin, les ruptures anticipées de contrat donnent également lieu à des procédures contentieuses coûteuses, notamment lorsqu'est prévue une clause d'arbitrage.

#### **b) Les justifications apportées par les opérateurs aux durées d'engagement relativement longues**

Selon les opérateurs, une durée de contractualisation longue favoriserait de meilleures incitations à l'investissement et une plus grande stabilité du réseau.

##### ***L'argument de l'incitation à l'investissement***

Selon la plupart des opérateurs, les contrats de longue durée sont nécessaires pour inciter les deux parties, groupe de distribution et magasin indépendant, à engager des investissements dans le magasin, en ce compris les investissements effectués à l'ouverture du magasin et ceux réalisés de façon périodique aux fins de rénovation du magasin, engagés en moyenne toutes les cinq à sept années. L'affilié, pour réinvestir dans son magasin, aurait besoin d'une durée d'engagement suffisamment longue pour avoir le temps de rentabiliser l'investissement effectué, ce qui expliquerait que les contrats, à l'issue de la première collaboration de cinq à sept années, soient reconduits pour une durée équivalente. En outre, une relation de longue durée serait également un gage de sécurité pour les établissements bancaires prêtant leur concours à l'entrepreneur indépendant. Lors de leurs auditions, les acteurs du marché ont ainsi indiqué à plusieurs reprises que la durée d'amortissement d'un fonds de commerce (hors immobilier et foncier commercial) est comprise entre cinq et dix années selon le format et les marges nettes réalisées.

Toutefois, cet amortissement comptable ne correspond pas au raisonnement suivi en droit de la concurrence, qui ne prend en compte que la spécificité des actifs, le risque de parasitisme, et, le cas échéant, l'incertitude liés à l'opération d'investissement. Or, selon les opérateurs, le risque associé à l'installation d'un magasin serait relativement faible une fois les autorisations administratives nécessaires obtenues. Le risque de parasitisme est lui également limité : les investissements réalisés par un affilié ne risquent guère de profiter à un autre affilié concurrent. En dernier lieu, la spécificité des actifs acquis par l'affilié est principalement limitée aux investissements réalisés pour agencer le magasin, chiffré par un opérateur à environ 300 euros par m<sup>2</sup>. En raisonnant sur cette base et à partir des estimations de chiffre d'affaires au m<sup>2</sup> et de marge nette réunis au dossier, la durée d'amortissement de cet investissement spécifique serait alors comprise entre deux et cinq années.

Le caractère fortement asymétrique des investissements engagés par les parties doit également être pris en compte pour apprécier la durée adéquate des relations contractuelles entre tête de réseau et magasin indépendant. Hormis dans les cas où les affiliés opèrent par le biais d'une société commune avec la tête de réseau, les investissements effectués par cette dernière pour accompagner son affilié demeurent, sauf exceptions, très limités. Ainsi, selon un opérateur intégré interrogé, ce dernier peut verser de 70 000 à 120 000 euros au titre des « *produits accessoires occasionnels* » sur une période de 7 années, le plus souvent lors de la rénovation du magasin. D'autres investissements sont également effectués par les groupes de distribution, comme les « *espaces dans les plateformes, la codification des magasins et de leurs assortiments dans les systèmes, l'intégration dans les dispositifs publi-promotionnels, la mise en place des équipes de support (marchandise essentiellement), la formation des équipes magasin, la configuration des outils informatiques, et le cas échéant, l'implantation de nouveaux outils, connexion au système de fidélité, la mise à jour de tous les référentiels de l'entreprise...en résumé la gestion de l'intégration au sens large* », mais ils n'ont pu être chiffrés et sont de toute façon très peu spécifiques à un affilié donné.

Les durées de contractualisation très différenciées (de 0 à 30 ans) observées dans le secteur tendent également à relativiser la portée des justifications fondées sur les incitations à l'investissement : en effet, à aucun moment les opérateurs présentant dans les contrats qu'ils souscrivent les durées les plus longues n'ont fait valoir que les investissements réalisés par leur groupe ou les magasins affiliés étaient plus élevés que ceux entrepris par les concurrents aux durées d'engagement plus courtes. En particulier, l'exemple du groupement coopératif n'exigeant aucune durée d'engagement est à cet égard particulièrement frappant.

En outre, sur un plan plus théorique, plus la concurrence entre les opérateurs est grande et plus les incitations à l'investissement, tant des groupes de distribution que des magasins indépendants, sont fortes. En effet, des magasins indépendants à même de faire jouer la concurrence entre les réseaux de distribution inciteraient ainsi ces derniers à investir. De même, des groupes de distribution à même d'étendre la densité de leurs réseaux en accueillant des magasins exploités sous enseigne concurrente accroîtraient les incitations à investir des magasins indépendants afin de pouvoir demeurer affiliés au réseau. Enfin, des relations contractuelles de longue durée peuvent s'avérer désavantageuses pour les magasins indépendants subissant une dégradation des termes commerciaux proposés par leur tête de réseau : dans ce cas, tant la spécificité des investissements qu'ils auront consentis que la durée des engagements souscrits constitueront des freins à toute volonté de changement d'enseigne.

##### ***L'argument de la préservation de la stabilité du réseau***

En second lieu, une relation contractuelle de longue durée serait également pour le groupe de distribution, un moyen d'assurer la stabilité de son réseau et de ses volumes d'achats et ainsi la compétitivité de son approvisionnement.

L'argument de la préservation du réseau et de sa compétitivité présente également des limites. Selon les opérateurs, notamment les groupements coopératifs, une moindre durée des contrats entraînerait une moins grande stabilité du

réseau, un nombre important de magasins étant chaque année susceptible de le quitter pour rejoindre un groupe de distribution concurrent. Toutefois, cet argument ne tient pas compte des magasins que chaque réseau, selon ses performances, serait à même d'accueillir chaque année dès lors que la durée de leurs engagements avec les groupes concurrents serait également plus courte.

Une variante plus convaincante de cet argumentaire est que les groupes intégrés, de peur que leurs magasins indépendants ne quittent le réseau, décident de les acquérir totalement ou partiellement si la durée des contrats les liant à leurs magasins affiliés était raccourcie. Dotés de moindres capacités financières, les groupements coopératifs ne pourraient répliquer efficacement à cette stratégie. A terme, la réduction du parc de magasins indépendants conduirait à une déstabilisation des groupements coopératifs et donc à une dégradation de leur compétitivité. Toutefois, l'examen des transferts de magasins montre que les groupements intégrés ne sont pas nécessairement les opérateurs vers lesquels se tournent les magasins souhaitant changer de réseau de distribution. En outre, de telles opérations de rachat, si elles portent sur des magasins suffisamment importants, devront être notifiées au titre du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, qui en appréciera l'impact sur la concurrence. Enfin, force est de constater que tant les groupements coopératifs que les groupes de distribution intégrés s'appuient sur des dispositifs d'ordre capitalistique (participation au capital des sociétés d'exploitation) pour prévenir le départ de certains de leurs magasins vers des enseignes concurrentes.

### **c) L'analyse juridique des durées d'engagement relativement longues**

Dans un arrêt du 22 février 2000, la Cour de cassation a considéré que n'était pas contraire au droit coopératif la clause des statuts obligeant tout associé coopérateur à adhérer au groupement pour une durée d'au moins 30 ans dans la mesure où cette clause avait « *pour objet de maintenir, pendant une durée raisonnable, la cohésion des coopérateurs entre eux en vue de couvrir les risques décidés en commun et d'achever l'amortissement dont le partant ou l'exclu a temporairement tiré profit* » (Cass.com., 22 février 2000, n° 97-17-020).

En revanche, dans le cadre de la décision n° 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de considérer que « *l'insertion d'une clause de longue durée dans un contrat, éventuellement prolongée par une reconduction tacite, peut à elle seule avoir des effets restrictifs de concurrence si elle n'est pas justifiée par la nécessité d'amortir des investissements ou par une contrepartie accordée au cocontractant. L'ajout de contraintes à la résiliation anticipée accentue l'effet restrictif de concurrence* ». Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une durée contractuelle initiale de quatre ans, doublée d'une clause de reconduction tacite d'une durée de quatre ans et de la limitation de la possibilité de résilier le contrat à sa date anniversaire sous réserve du respect d'un préavis de trois mois précédant la date d'expiration du contrat, avait des effets restrictifs de concurrence sur le marché de la location-entretien des machines d'affranchissement postal, dès lors qu'elle ne se justifiait pas par la nécessité d'amortir un investissement initial et que la structure du marché (90% du marché lié par des contrats d'une durée de 5 ans ou plus) était telle que ces contrats de longue durée empêchaient toute entrée effective d'un opérateur concurrent.

Or, comme on l'a vu, les raisons avancées par les groupes de distribution pour justifier la durée relativement longue des engagements souscrits, notamment celle relative à la durée d'amortissement des investissements, n'emportent pas la conviction (cf. paragraphe 123 et suivants). En outre, la majeure partie des enseignes pratiquent des durées d'engagement relativement longues, supérieures à 5 ans : seules cinq enseignes appartenant à des groupes intégrés et un groupe coopératif proposent des durées d'affiliation inférieures ou égales à 5 ans. De plus, l'analyse de ces clauses doit être faite en prenant en compte la relation de quasi exclusivité existant entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés. Ainsi que l'indiquaient les paragraphes 73 et suivants, malgré l'absence de clause d'approvisionnement exclusif, les magasins affiliés s'approvisionnent quasiment exclusivement auprès des centrales d'achat de leur tête de réseau. Enfin, la création de nouveaux magasins demeure entravée par de nombreux obstacles, comme l'atteste le contraste entre la relative stabilité du nombre de magasins ouverts et le potentiel de développement encore constaté sur de nombreuses zones de chalandise. Dès lors, des durées d'engagement excessivement longues entre les deux partenaires sont susceptibles de limiter la concurrence que se livrent les centrales d'achat et de référencement pour écouler leurs produits auprès des magasins indépendants. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n° 330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

Eu égard à la grille d'analyse définie par le Conseil de la concurrence en la matière, aux dispositions du Règlement n°330/2010 de la Commission, à la part de marché cumulée détenue par les enseignes liant leurs affiliés par des durées d'engagement longues, et à la faible portée de leurs justifications, les clauses de durée qui excèdent cinq années soulèvent donc de légitimes préoccupations de concurrence.

## **2. LA MULTIPLICITÉ DES CONTRATS ET LE DÉCALAGE DE LEURS ÉCHÉANCES**

L'instruction a permis de constater que les relations entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés sont la plupart du temps formalisées par plusieurs documents contractuels distincts (contrat de franchise, contrat d'adhésion au groupement coopératif, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, pactes d'associés, statuts des magasins indépendants, etc.). Lorsque de tels contrats sont d'une durée différente et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas automatiquement la rupture d'un autre – qui s'accompagne fréquemment du paiement d'indemnités ou/et de

l'entrée en vigueur de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation (cf. *infra*), la durée de la relation contractuelle peut alors être artificiellement prolongée. En outre, la multiplication des documents contractuels est génératrice d'opacité et d'insécurité juridique susceptibles de dissuader le propriétaire du magasin indépendant de quitter le réseau auquel il est affilié.

Dans sa décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998, le Conseil de la concurrence a estimé que « *le jeu cumulé des clauses susvisées proposées par la société J.C. Decaux, comportant tacite reconduction des contrats avec des conditions de dénonciation rendant difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, signatures d'avenants d'une durée égale à la durée initiale en cas de remplacement des mobiliers en cours de contrat, parfois accompagnées de clauses de tacite reconduction, et clause de préférence aux conditions du contrat initial pour les sociétés du groupe Decaux en cas d'installation de mobilier dans de nouveaux emplacements, a pour effet de prolonger artificiellement la durée de la relation contractuelle entre Decaux et les collectivités et de permettre aux sociétés de ce groupe d'éviter pendant des durées très longues atteignant parfois plusieurs dizaines d'années, toute mise en concurrence* ».

En outre, dans le cadre de la saisine relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité ayant donné lieu à la décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010, le Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale (SEFAG) dénonçait le décalage d'échéance entre les différents contrats conclus entre les filiales du groupe Carrefour et les franchisés, qui avait selon lui pour conséquence de prolonger artificiellement leur durée. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence, ayant constaté cette difficulté, a pris acte de l'engagement du groupe Carrefour de mettre fin à cette situation en alignant sur une même date les échéances des contrats de franchise et d'approvisionnement en cours qui comporteraient des termes différents (paragraphe 33 de ladite décision).

### **3. LES DROITS D'ENTRÉE À PAIEMENT DIFFÉRÉ**

Plusieurs enseignes prévoient un droit d'entrée dans le réseau correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel, dont le paiement est différé au jour où le contrat d'affiliation prend fin.

Les clauses prévoyant des droits d'entrée au paiement différé ne sont pas des clauses illégales *per se*. Elles peuvent néanmoins avoir pour effet de dissuader l'affilié de quitter le réseau à l'arrivée à échéance de la relation contractuelle ou en cas de manquement contractuel grave imputable à la tête de réseau. En effet, le droit d'entrée au paiement différé oblige l'affilié qui décide de quitter le réseau à payer un véritable « droit de sortie » alors qu'un étalement du paiement fractionné pendant le déroulement du contrat serait plus soutenable pour l'affilié.

À cet égard, le site [www.pme.gouv.fr](http://www.pme.gouv.fr) édité par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi pour venir en aide aux PME recommande de ne pas adopter de telles clauses et de limiter dans le temps l'échelonnement du paiement du droit d'entrée lorsque ce procédé est appliqué.

### **4. LES CLAUSES DE NON-RÉAFFILIATION ET DE NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLES**

Les plupart des contrats d'affiliation analysés prévoient des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles (a) nécessaires, selon les opérateurs, à la protection du savoir-faire transmis aux affiliés (b). Il convient de procéder à l'analyse juridique de ces clauses afin de déterminer si elles remplissent les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence (c).

#### **a) La variété des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées**

Plusieurs enseignes incluent également dans un ou plusieurs des contrats les liant à un magasin indépendant ou à son propriétaire des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles. La plupart des clauses de non-réaffiliation relevées ont vocation à ne s'appliquer qu'en cas de rupture anticipée du contrat et ce, pendant une durée allant d'un à deux ans à compter de la résiliation du contrat. D'autres clauses de non-réaffiliation présentes dans les contrats analysés ont vocation à s'appliquer, que le contrat soit arrivé à échéance ou qu'il ait été résilié avant son terme. Certaines enseignes emploient des clauses plus générales de non-concurrence tantôt applicables uniquement en cas de résiliation anticipée du contrat, tantôt applicables lors de son terme prévu. Ces clauses de non-concurrence sont toutes d'une durée post-contractuelle d'un an. Enfin, plusieurs enseignes ne recourent ni à des clauses non-réaffiliation ni à des clauses de non-concurrence post contractuelles.

Par ailleurs, l'étendue géographique de ces clauses varie selon les enseignes : il peut ainsi s'agir du territoire concédé, d'un rayon de 30 km (en zone rurale), 20 km, 15 km, 10 km (en zone urbaine) ou 5 km autour du magasin. Certaines clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles ne sont en revanche pas limitées géographiquement.

#### **b) Les justifications apportées par les opérateurs aux clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles**

Les opérateurs justifient la présence de telles clauses par la nécessité de protéger le savoir-faire transmis aux magasins affiliés qui ont décidé de quitter le réseau.

Dans le secteur de la distribution alimentaire, le savoir-faire que les groupes s'engagent à transmettre à leurs affiliés consisterait en général en :

- des conseils relatifs à l'organisation générale de l'activité du magasin, et plus particulièrement à la politique commerciale et à l'agencement du magasin, aux budgets d'investissement et aux comptes d'exploitation souhaitables, aux actions promotionnelles à mener, à la gestion commerciale, administrative et financière, dont la fourniture de prix de vente aux consommateurs conseillés, de plans d'assortiment et d'implantation ;
- des programmes de formation du personnel ;
- une politique de communication et de publicité autour de l'enseigne ;

- une aide à la recherche d'emplacements pour de nouveaux magasins ;
- l'organisation de réunions sur les perspectives d'évolution de l'enseigne etc.

### **c) L'analyse juridique des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles**

Dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, il ne paraît pas exclu de pouvoir assimiler les clauses de non-réaffiliation à des clauses de non-concurrence. En outre, ces clauses doivent répondre à une exigence de nécessité et de proportionnalité dont il n'est pas certain qu'elle soit respectée par les relations entre magasins indépendants et groupes d'affiliation.

#### ***L'assimilation de la clause de non-réaffiliation à une clause de non-concurrence post-contractuelle***

La jurisprudence distingue les clauses de non-réaffiliation des clauses de non-concurrence post-contractuelles, au motif que les premières imposent une restriction à la poursuite de l'activité de commerçant, et non une interdiction. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt récent : « (...) la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau » (Cass.com. 28 septembre 2010, n° de pourvoi : 09-13888). La Cour de cassation a néanmoins eu à plusieurs reprises l'occasion de soumettre les clauses de non-réaffiliation aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence post-contractuelles (Cass. com. 17 janvier 2006, n° pourvoi : 03-12382 ; Cass. civ.2ème 10 janvier 2008, n° pourvoi : 07-13558).

En effet, dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de non-concurrence. Tel pourrait également être le cas si un magasin non-affilié n'était pas en mesure d'exercer une réelle pression concurrentielle sur les magasins affiliés.

De fait, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, la distinction entre clause de non-réaffiliation et clause de non-concurrence apparaît particulièrement fragile. En effet, de plus en plus de commerces d'alimentation générale choisissent de s'affilier à une enseigne afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractives, y compris sur le marché des commerces alimentaires de proximité. Selon l'IFLS34, la quasi-totalité des supermarchés de proximité (97,8 % des magasins et 97,9 % des surfaces de vente) de plus de 400 m<sup>2</sup> sont ainsi liés à des grands groupes français de distribution, et le rôle des groupes de distribution sur les formats de plus petite taille irait également croissant, puisque 34 % des magasins de proximité d'une surface comprise entre 120 et 400 m<sup>2</sup>, soit 43,5 % de la surface commerciale totale des magasins de cette superficie, seraient déjà affiliés à une enseigne. Ainsi, plus un magasin est grand, plus l'affiliation à un réseau d'enseigne peut être nécessaire à son exploitation. Enfin, les éléments qualitatifs recueillis auprès des opérateurs eux-mêmes tendent également à confirmer cette hypothèse : à titre d'exemple, décrivant les facteurs de réussite du commerce de proximité, le directeur exécutif d'un groupe de distribution a ainsi mentionné l'étendue de l'offre, le niveau d'acceptabilité du prix, le nouveau système promotionnel mis en place, le recours aux cartes de fidélité inter-formats et inter-magasins.

Il apparaît donc que dans le secteur de la distribution alimentaire, le fait d'être affilié à un groupe de distribution constitue pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité ou, à tout le moins, une condition nécessaire à l'exercice d'une pression concurrentielle sur les magasins affiliés. Dès lors, dans ce secteur d'activité, les clauses de non-réaffiliation pourraient valablement être assimilées à des clauses de non-concurrence.

#### ***Des clauses qui doivent être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent***

Conformément à une jurisprudence communautaire et nationale constante, le Conseil de la concurrence a admis la présence de clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation dans les contrats de franchise, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de nécessité et de proportionnalité. Dans ses décisions n° 96-D-36 du 28 mai 1996 et n° 97-D-48 du 18 juin 1997, le Conseil a précisé ces conditions : « *Considérant que les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité ; que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent ; Considérant que le règlement (CEE) n°4087/88 prévoit qu'une obligation de non-concurrence ne peut être imposée aux franchisés après l'expiration du contrat que pour une durée raisonnable qui ne peut excéder un an et seulement dans la mesure où une telle obligation est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau ;* »

En particulier, l'article 5.3 du règlement communautaire n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées prévoit que l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui contiennent toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, sauf si les conditions suivantes sont cumulativement remplies : a) l'obligation concerne des biens et des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels ; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ; c) l'obligation est indispensable à la protection du savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord ».

À cet égard, dans un arrêt du 9 juin 2009 la Cour de cassation, reprenant les exigences posées par le règlement communautaire 2790/1999 (remplacé depuis par le règlement n° 330/2010 précité) a cassé un arrêt de cour d'appel ayant déclaré valable une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une durée d'un an et applicable dans un rayon de 30 km autour du point de vente, prévue dans un contrat de franchise conclu entre la société Distribution Casino France (le franchiseur) et la société Perrosdis (le franchisé) : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé* »

*uniquement à celles, d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass.com. 9 juin 2009, n° 08-14301).*

### **La validité des clauses relevées dans les contrats d'affiliation au regard des règles énoncées**

Il convient d'examiner dans quelle mesure les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles prévues dans les contrats d'affiliation sont véritablement nécessaires à la protection du savoir-faire, à l'identité commune et à la réputation du réseau, puis de s'interroger sur le caractère proportionné de ces clauses au regard des objectifs poursuivis.

#### *Sur le caractère nécessaire à la protection du savoir-faire*

Au regard des contrats d'affiliation transmis aux services d'instruction et des auditions menées avec les opérateurs, le savoir-faire transmis par les enseignes à leurs affiliés et adhérents présente trois caractéristiques :

– Premièrement, une part de ce savoir-faire est observable en magasin, notamment celui relatif à l'agencement du magasin, à son assortiment et aux plans d'implantation des produits. Il n'a donc pas lieu d'être protégé par des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation.

– Deuxièmement, une autre part de ce savoir-faire est constituée d'éléments non-observables mais communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant. Il en va notamment ainsi des compétences du commerçant indépendant en matière de gestion financière ou d'implantation des magasins. Commun à tous les magasins, ce savoir-faire n'a donc pas non plus lieu d'être protégé, d'autant que la rentabilité de son transfert est assurée par les contrats d'affiliation de longue durée passés entre les magasins indépendants et leurs têtes de réseau. Enfin, ce savoir-faire est partie intégrante de l'expérience et de la compétence professionnelle du gérant de magasin, et il n'est donc pas possible de l'empêcher d'en faire usage à l'issue du contrat.

– Troisièmement, une dernière part du savoir-faire est constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents, comme le savoir-faire relatif à la politique de promotion de l'enseigne. Cette composante du savoir-faire peut justifier la présence de clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles même si, dans la plupart des cas, cette composante du savoir-faire peut être parfaitement protégée par une clause de confidentialité. La plupart des contrats d'affiliation incluent d'ailleurs de telles clauses de confidentialité qui, contrairement aux clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles qui interdisent à l'affilié d'exercer son activité pendant un certain laps de temps à l'issue du contrat, se bornent à interdire à l'affilié de réutiliser directement ou indirectement le savoir-faire transmis ou de le divulguer à un tiers, sous peine de poursuites judiciaires. En outre, il convient de remarquer que le magasin indépendant n'est bien souvent pas décisionnaire des stratégies susceptibles de s'appuyer sur ce type de savoir-faire, chaque enseigne disposant de ses propres orientations en la matière. En changeant d'enseigne, l'affilié abandonne *de facto* la majeure partie du savoir-faire, tant spécifique que général, transmis par le groupe auquel il était affilié jusqu'alors afin d'adopter celui transmis par le nouveau groupe auquel il sera affilié. Dès lors, l'éventuel transfert de savoir-faire d'une enseigne à une autre par le biais de ses magasins indépendants paraît limité.

Au final, le savoir-faire nécessitant ou pouvant effectivement faire l'objet d'une protection par le biais de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble relativement limité. De plus, les clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats de certaines enseignes ne sont exercées qu'en cas de rupture anticipée de la relation contractuelle, tendant à indiquer que celles-ci ne sont pas liées à la crainte d'une « fuite » du savoir-faire vers des groupes de distribution concurrents – car si tel était le cas, elles s'appliqueraient indépendamment de la circonstance, rupture ou échéance au terme prévu du contrat, conduisant à la fin du contrat.

#### *Sur le caractère nécessaire et proportionné au regard de l'objectif de protection de l'identité commune et de la réputation du réseau.*

L'insertion d'une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle dans les pactes d'associés et dans les contrats de mise en location-gérance permet également de préserver l'identité et la réputation d'une enseigne en marquant une rupture dans l'exploitation du fonds de commerce, afin de s'assurer que l'ancien affilié n'emporte pas avec lui un élément important du fonds de commerce, en se réinstallant à son compte. De manière similaire, une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation peut s'avérer nécessaire, lorsque l'affilié possède son fonds de commerce et les murs de son local, ou envisage de poursuivre son activité dans un autre local situé dans la même zone de chalandise, pour marquer une rupture dans l'exploitation, afin que l'affilié ne continue pas à bénéficier de la réputation et de l'image acquise auprès de ses clients grâce à son affiliation passée à une enseigne.

Toutefois, compte tenu de la rapidité avec laquelle évoluent les concepts de vente, on peut valablement s'interroger sur la nécessité de marquer une rupture dans l'exploitation d'un local ou d'un fonds de commerce avec l'instauration d'une clause de non-concurrence post-contractuelle relativement longue. De plus, étant donné la relative faiblesse de la différenciation qui existe entre les différentes enseignes d'alimentation de proximité, il ne semble dès lors pas nécessaire d'imposer aux affiliés des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles de longues durées pour préserver l'image du réseau.

Enfin, il convient de rappeler que conformément à l'article 5.3 du règlement n°330/2010 précité (cf. paragraphe 153) les clauses de non-concurrence post-contractuelles doivent, pour pouvoir bénéficier de l'exemption, à la fois être indispensables à la protection du savoir-faire et limitées aux locaux à partir desquels l'affilié a exercé ses activités pendant la durée du contrat d'une part, et limitées à une durée de un an à compter de l'expiration de l'accord, d'autre part.

Dès lors, il apparaît que la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées dans les contrats d'affiliation étudiés ne remplissent pas les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis, érigées par le droit de la concurrence.

## **5. LES DROITS DE PRIORITÉ AU PROFIT DES GROUPES DE DISTRIBUTION**

La plupart des contrats analysés comprennent des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés valables pendant toute la durée de la relation et plusieurs années après (a), auxquels les opérateurs n'apportent pas de justification convaincante (b). Eu égard à la faible mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution, l'analyse juridique de ce type de clauses conduit à s'interroger sur leur caractère anticoncurrentiel (c).

### **a) La présence, dans la plupart des contrats, de droits de priorité valables pendant toute la durée du contrat et plusieurs années après l'arrivée à échéance de ce dernier**

La plupart des contrats analysés prévoient des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés. Généralement, deux types de droit de priorité sont alternativement employés. Les droits de préférence donnent au réseau d'origine le privilège de la première offre d'achat. En cas de désaccord entre les parties sur les conditions de la vente, ces dernières sont fixées à dire d'expert. Les droits de préemption, quant à eux, permettent au réseau d'origine de s'aligner sur l'offre formulée par un groupe concurrent.

La durée de validité de ces clauses varie selon les enseignes. Pour certaines, le droit de priorité consenti par l'affilié à sa tête de réseau n'est valable que pendant la relation contractuelle. Toutefois, dans la plupart des cas, le droit de priorité survit au terme du contrat pour des durées pouvant aller de un à quinze ans et parfois même, pour une durée illimitée.

L'ensemble des droits de priorité recensés sont assortis d'un droit d'agrément au profit du groupe de distribution : si la tête de réseau renonce à son droit de priorité, le repreneur doit néanmoins être agréé par cette dernière pour poursuivre le contrat en cours. A défaut, le contrat est réputé résilié à l'initiative de l'affilié.

### **b) Les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces droits de priorité**

Les opérateurs donnent deux justifications principales à l'insertion de droits de priorité dans les contrats d'affiliation. En premier lieu, ces clauses viseraient à assurer le maintien de leurs magasins affiliés dans le réseau, à pérenniser ainsi leur parc de magasins et par conséquent à maintenir leurs volumes d'achat et leur compétitivité. La survie de ces clauses au terme du contrat viserait à contrer le risque de contournement du dispositif par un affilié qui, souhaitant vendre son magasin à un concurrent mieux offrant, attendrait l'arrivée à échéance de son contrat pour vendre son magasin audit concurrent. De même, la durée relativement longue des droits de priorité viserait à éviter que le dispositif ne puisse être contourné, par exemple par un opérateur intégré qui se contenterait de livrer le magasin resté indépendant afin de le racheter une fois le droit de priorité expiré.

En second lieu, les groupements coopératifs justifient la présence de telles clauses comme étant un moyen de contrer les pratiques « prédatrices » des réseaux intégrés qui, dotés de ressources financières plus importantes, seraient disposés à surenchérir pour acquérir des magasins et des emplacements commerciaux, et ainsi améliorer leur puissance d'achat et leur compétitivité.

La pertinence de ces arguments demeure toutefois très relative. En premier lieu, si ces droits de priorité visent à parfaire le dispositif censé empêcher que les magasins indépendants ne quittent un groupe de distribution pour un autre, ils s'ajoutent alors aux durées d'engagement longues et aux clauses de non-concurrence déjà constatées, censées permettre aux groupes de distribution de rentabiliser le savoir-faire et, dans certains cas, le fonds de commerce transmis.

En second lieu, il n'appartient pas aux réseaux de distribution de déterminer quel est le mode d'organisation optimal du secteur de la distribution (intégré ou affilié) et d'empêcher leurs membres de choisir l'un ou l'autre de ces deux modes. En l'occurrence, la concurrence que se livrent ces différents formats pour faire croître leurs réseaux doit être arbitrée par les choix des consommateurs, qui privilégient le mode d'organisation leur procurant le rapport qualité-prix le plus favorable, et non par les clauses discriminatoires insérées dans les contrats d'affiliation ou de franchise. Lorsque l'acquisition est susceptible de restreindre excessivement les choix des consommateurs, l'évaluation de ses effets demeure du seul ressort des autorités de concurrence, qui, en fonction du niveau de concurrence subsistant dans la zone de chalandise, autorisent ou non le projet d'acquisition. L'abaissement des seuils de notification pour les opérations de concentration réalisées dans le secteur du commerce de détail permet précisément une évaluation des rachats de magasins indépendants, dès lors que les montants en jeu (15 millions d'euros de chiffres d'affaires annuels) sont suffisamment conséquents pour que des contraintes de nature financière puissent empêcher certains groupes de participer à cette concurrence.

### **c) L'analyse juridique des droits de priorité prévus dans les contrats d'affiliation**

Les autorités de concurrence françaises ont déjà eu à traiter des droits de priorité du type de ceux employés dans les contrats de franchise ou d'affiliation. Dans sa décision n° 95-D-39 du 30 mai 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location d'emplacements publicitaires destinés à l'affichage de grand format, le Conseil de la concurrence avait ainsi considéré « *que la clause de préférence en fin de bail organise une asymétrie dans la négociation de location des emplacements en permettant à l'afficheur en place de limiter artificiellement son risque de voir l'emplacement lui échapper ; qu'en effet, par le jeu de cette clause, le loueur d'un emplacement en fin de bail connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a la garantie de pouvoir toujours conserver son espace sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente ; qu'à l'inverse, un concurrent désirant obtenir la location d'un espace précédemment loué à une autre entreprise ne sera jamais assuré, même s'il surenchérît,*

*de pouvoir obtenir l'espace convoité ; que les entreprises concernées ont reconnu l'efficacité de la clause de préférence en fin de bail pour limiter la mobilité des panneaux ; qu'ainsi, cette clause, qui ne peut être regardée comme nécessaire à la protection de la qualité des produits, a pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché de l'affichage de grand format en limitant la fluidité des emplacements publicitaires entre les afficheurs au-delà même de la période de six ans fixée comme durée maximale des contrats de louage d'emplacements par la loi du 29 décembre 1979.*

De même, dans son avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009, l'Autorité a recommandé au gouvernement, s'agissant des stations-services indépendantes, « [d']interdire les clauses de préférence qui prévoient que le fournisseur dispose d'une priorité pour racheter le fonds de commerce en cas de retrait d'activité de l'indépendant » (paragraphe 240) et ce afin d'éviter la « consolidation [des réseaux intégrés] par rachat des indépendants et généralisation de la gestion en location-gérance » (paragraphe 230).

Les droits de préemption qui prévoient la possibilité pour la tête de réseau bénéficiaire de s'aligner sur les conditions du meilleur acheteur, et de conclure ainsi la vente, organisent au profit du groupe de distribution bénéficiaire une asymétrie dans la négociation du rachat de ses magasins affiliés en lui permettant de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins être rachetés par des concurrents. En effet, par le jeu de cette clause, le groupe de distribution bénéficiaire connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a quasiment la garantie, sauf s'il ne peut ou ne veut pas payer, de pouvoir toujours conserver ses magasins affiliés dans son réseau sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente. A l'inverse, ce type de clauses dissuade les groupes de distribution concurrents d'entrer en négociation avec le propriétaire du magasin souhaitant vendre son magasin. En effet, leurs offres de rachat, dont l'élaboration peut s'avérer relativement coûteuse eu égard aux différentes expertises et évaluations qu'elles nécessitent, ont peu de chance d'aboutir, le groupe de distribution bénéficiaire du droit de priorité pouvant les suppléer à conditions et termes équivalents dans la conclusion du contrat de vente. L'absence d'incitation des groupes concurrents à formuler des offres d'achat diminue le pouvoir de négociation du propriétaire du magasin et accroît donc celui de la tête de réseau, qui peut ainsi assurer la pérennité de son réseau à moindre coût. Les droits de préférence qui obligent l'affilié à proposer en priorité la vente de son magasin à sa tête de réseau soulèvent également des préoccupations de concurrence. En effet, dans ce cas de figure, le propriétaire du magasin n'a pas la possibilité de solliciter d'offre de la part de groupes concurrents avant d'avoir, au préalable, proposé son magasin à la vente à sa tête de réseau. Le fait que le magasin mis en vente ne soit pas confronté aux règles du marché et que le prix de vente de ce dernier soit dès lors fixé par une méthode de valorisation prévue au contrat ou à dire d'expert est de nature à minorer la valeur du magasin, permettant ainsi à la tête de réseau bénéficiaire du magasin de conserver dans son réseau des magasins à moindre coût.

Il apparaît que tant les droits de préemption que les droits de préférence consentis aux groupes de distribution ont pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents.

En outre, ces dispositifs dissuadent les groupes de distribution concurrents d'accueillir dans leur réseau un magasin affilié grevé d'un droit de priorité au profit de son ancienne tête de réseau et ce, pour un certain nombre d'années ou pour une durée illimitée.

Enfin, ces clauses constituent de véritables barrières à l'entrée car elles empêchent tout nouvel entrant d'accéder au réseau de magasins indépendants. En effet, la présence de ce type de clauses dans la plupart des contrats d'affiliation est susceptible d'engendrer une répartition territoriale des groupes de distribution artificielle : le fait que chaque opérateur ait la possibilité de se réserver les emplacements vacants de ses anciens affiliés aboutit à figer de manière immuable les implantations géographiques des groupes de distribution.

Ces dispositifs participent en conséquence à la faible mobilité des magasins entre les enseignes et aux préoccupations de concurrence que celle-ci soulève.

## **B. LES DISPOSITIFS CAPITALISTIQUES CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS ENTRE LES GROUPES DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE**

De plus en plus fréquemment, les groupes de distribution, tant intégrés que coopératifs, prennent des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs affiliés leur conférant une minorité de blocage.

Certains groupes intégrés de distribution, mais pas tous, ont développé une politique très active de prise de participation au sein de leurs magasins franchisés.

Ces prises de participations varient en règle générale entre 26 % et 50 % du capital de la société d'exploitation de l'affilié, conférant fréquemment aux groupes de distribution une minorité de blocage. En outre, par le jeu des clauses d'enseigne et des règles de majorité présentes dans les statuts et/ou pactes d'associés, les groupes de distribution disposent d'un véritable droit de veto concernant le changement d'enseigne du magasin. Par ailleurs, les pactes d'associés prévoient souvent un droit de priorité réciproque entre actionnaires sur les titres de la société, par lequel les actionnaires s'engagent réciproquement, en cas de vente de leurs titres, à donner la préférence aux autres actionnaires à un prix déterminable basé sur un ratio d'investissement et des règles de valorisation prévues dans le pacte. Enfin, les pactes d'associés comportent en général une clause de non-concurrence interdisant à l'affilié personne physique (à la différence des clauses de non-concurrence présentes dans les contrats de franchise qui engagent pour leur part les sociétés d'exploitation) ayant cédé l'intégralité de ses titres, d'exercer pendant plusieurs années une activité concurrente, notamment en étant actionnaire d'une société d'exploitation d'un magasin alimentaire.

Les groupements coopératifs participent également au capital des sociétés adhérentes. En effet, l'article L. 124-1, 7° du code de commerce permet aux coopératives de « *prendre des participations même majoritaires dans des sociétés directement ou indirectement associées exploitant des fonds de commerce* ». Il s'agirait là encore d'une pratique de plus en plus fréquente.

L'Autorité est amenée à analyser certaines de ces prises de participations dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. A titre d'exemple, dans le cadre de la décision n° 10-DCC-88 du 4 août 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nico par la société Marchal, il a été relevé que les statuts de la société d'exploitation de l'adhérent Intermarché (en l'espèce, la société Nico) conféraient à ITM Entreprises, via son action de préférence et pendant une durée de 25 ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous enseigne concurrente. De plus, les statuts prévoyaient qu'au-delà de cette période, ITM Entreprises conservait un droit de priorité, en cas de cession, pendant une période de 5 ans. Ces éléments ont permis à l'Autorité de la concurrence de considérer qu'ITM Entreprises exerçait un contrôle conjoint sur ladite société.

Outre des prises de participations « verticales » c'est-à-dire de la tête de réseau dans la société d'exploitation de l'adhérent, l'instruction a également constaté l'existence de prises de participations « horizontales », c'est-à-dire d'un ou plusieurs adhérents dans la société d'exploitation d'un autre adhérent. Dans ce cas de figure également, certaines dispositions statutaires et des pactes d'associés permettent de garantir le maintien de la société d'exploitation et du magasin dans le réseau dudit groupement.

Le cas échéant, les prises de participations des groupes de distribution dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés peuvent faire l'objet d'une notification auprès de l'Autorité de la concurrence, au titre du contrôle des concentrations (cf. *infra*, paragraphe 198). Cependant, il est à noter qu'à la différence des participations verticales, les participations horizontales au sein des groupements coopératifs n'ont jusqu'à présent jamais donné lieu à notification au titre du contrôle des concentrations, les chiffres d'affaires pris en compte étant ceux des adhérents parties à l'opération et non celui du groupement coopératif pris dans sa globalité.

## **VI. Analyse concurrentielle des pratiques constatées en matière d'affiliation et recommandations**

La faible mobilité des magasins affiliés entre les réseaux de distribution concurrents, pour partie due aux pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les différents groupes de distribution (A), produit des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont de l'approvisionnement que sur le marché aval de la vente de détail (B). Les pratiques constatées sont susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence mais, à ce jour, l'Autorité de la concurrence préfère formuler des recommandations qu'elle entend voir être suivies d'effets grâce à la mobilisation des opérateurs et des instances professionnelles concernés (C).

### **A. LES CONSTATS**

Les pratiques contractuelles et capitalistiques constatées, qui ont pour objet et/ou pour effet de freiner la mobilité des magasins affiliés entre réseaux concurrents (1), produisent des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont que sur le marché aval du secteur de la distribution alimentaire (2).

#### **1. SYNTHÈSE DES DIFFÉRENTS OBSTACLES À LA MOBILITÉ CONSTATÉS**

L'instruction a permis de démontrer que les pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les groupes de distribution et exposées *supra* limitent la mobilité des magasins entre enseignes concurrentes, déjà freinée par les aléas économiques inhérents à tout changement d'enseigne.

La durée longue des contrats et leur reconduction tacite constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution. Dans certains cas, cet obstacle est renforcé par l'interdépendance de fait qui existe entre les différents contrats liant l'affilié et le groupe de distribution, par les indemnités élevées prévues en cas de rupture anticipée, et par le paiement différé du droit d'entrée par l'affilié, à savoir à la date de cessation du contrat. Enfin, les clauses d'arbitrage insérées dans certains contrats contribuent également à rendre coûteuse toute procédure de règlement des litiges entre les groupes et leurs affiliés.

Deuxièmement, même lorsqu'il a été mis fin au contrat, certains anciens affiliés demeurent liés à leur tête de réseau par des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles. En conséquence, ils ne sont pas en mesure, après leur sortie du réseau, de gérer un magasin au sein d'un réseau concurrent.

Enfin, une troisième difficulté est liée aux dispositions qui limitent les possibilités qu'auraient les affiliés de céder leur entreprise à des tiers au réseau. Les droits de priorité relevés dans les documents contractuels s'appliquent pendant une durée en général importante, pendant laquelle les groupes disposent d'un droit de préférence ou d'un droit de préemption sur la vente et/ou la location-gérance du fonds de commerce et/ou sur les parts de la société d'exploitation. La difficulté de céder un fonds de commerce à un tiers au réseau semble, par ailleurs, renforcée, pour un nombre significatif et croissant d'affiliés, par l'existence de prises de participations avec minorité de blocage de la part des différents groupes de distribution dans les fonds de commerce des affiliés, leur permettant de contrôler l'identité des repreneurs potentiels.

L'ensemble de ces pratiques génèrent de nombreux contentieux, souvent initiés par les groupes de distribution lors du départ de l'un de leur magasin affilié sous un réseau concurrent. Le plus souvent, ces conflits donnent lieu à des procédures judiciaires ou arbitrales longues et coûteuses et constituent donc un élément de dissuasion supplémentaire à l'égard des magasins indépendants souhaitant quitter leur réseau.

#### **2. L'IMPACT DE LA FAIBLE MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS SUR LE JEU CONCURRENTIEL**

Les obstacles contractuels et capitalistiques au changement d'enseigne et la faible mobilité des magasins indépendants entre les réseaux de distribution qui en résulte doivent être analysés au regard de la structure du secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. L'instruction de l'avis a démontré que de nombreuses zones de chalandise demeuraient excessivement concentrées, du fait des barrières significatives à l'implantation existant sur ce secteur. Elle a également montré qu'en dépit de l'absence de clause d'exclusivité d'approvisionnement dans les contrats liant à leur tête de réseau et à sa centrale d'achat, les magasins indépendants tendent à s'approvisionner, pour l'essentiel de leurs besoins, auprès du groupe de distribution auquel ils sont rattachés. De ce fait, l'opérateur qui souhaiterait entrer dans une zone de chalandise ou dans un circuit de distribution où il est encore absent et faire bénéficier le consommateur d'une politique commerciale plus compétitive doit disposer d'un parc de magasins, intégrés ou affiliés : il ne peut en pratique vendre ses marchandises à des magasins indépendants affiliés à des groupes concurrents.

Dans ce contexte sectoriel, tout obstacle à une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les réseaux est alors dommageable à l'efficacité du secteur de la grande distribution alimentaire et aux bénéfices que peut en retirer le consommateur. En effet, compte tenu des obstacles à la création de nouveaux magasins, l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché amont de l'approvisionnement ne pourrait vraisemblablement s'effectuer qu'en s'appuyant sur des magasins indépendants issus des réseaux de distribution existants. Les obstacles juridiques au changement d'enseigne rendent toutefois presque impossible la mise en œuvre d'une telle stratégie d'entrée, comme le démontrent d'ailleurs les stratégies de croissance des opérateurs existants, qui, en dépit de leurs limites, privilégient la création de magasins plutôt que l'affiliation, la franchise ou le rachat de magasins concurrents. A l'inverse, des contrats d'affiliation autorisant une réelle mobilité des magasins indépendants pourraient encourager l'entrée d'un nouvel opérateur.

En outre, les obstacles à l'entrée résultant du verrouillage des contrats d'affiliation et de franchise produisent également leurs effets au niveau des marchés locaux. Comme indiqué précédemment, de nombreuses zones de chalandise affichent un taux de concentration particulièrement élevé, notamment en raison du nombre limité de groupes de distribution présents sur ces zones (plutôt qu'en raison du nombre de magasins effectivement implantés). Une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les enseignes pourrait donc permettre l'entrée de groupes de distribution sur des zones de chalandise où ils ne sont pas encore présents et ce d'autant plus que la densité commerciale sur certaines zones de chalandise est déjà élevée, ce qui rend d'autant plus difficile l'arrivée d'une concurrence extérieure. A l'heure actuelle, toutefois, les obstacles contractuels et capitalistiques à la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes dissuadent la mise en œuvre de telles stratégies : les opérateurs privilégient donc celle, plus coûteuse et plus lente, de la création de magasins.

Enfin, des contrats d'affiliation plus ouverts permettraient également aux magasins indépendants de mettre plus fréquemment en concurrence les groupes de distribution, et ainsi de bénéficier de meilleures prestations de leur part, qu'il s'agisse de prix d'achats plus bas, d'une meilleure qualité de l'approvisionnement ou d'une meilleure communication de l'enseigne. Cette mise en concurrence des groupes de distribution par les magasins indépendants bénéficierait au final au consommateur, qui se verrait rétrocéder une partie des avantages ainsi acquis par les magasins indépendants. Elle permettrait également au consommateur de profiter pleinement de la concurrence qui est susceptible d'exister entre les opérateurs actifs sur le marché national de la grande distribution à dominante alimentaire, souvent plus forte que celle qui peut s'exercer sur des marchés de détail locaux nettement plus concentrés que le marché national. Des contrats d'affiliation plus ouverts sont enfin d'autant plus nécessaires que du fait des obstacles à la création de nouveaux magasins, le nombre et l'importance des nouveaux magasins indépendants susceptibles de rejoindre les groupes de distribution sont trop limités pour les contraindre à rendre leurs conditions d'affiliation plus flexibles.

## **B. DES PRATIQUES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPRÉHENDÉES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE MAIS AU PRIX DE DÉLAIS ET D'INCERTITUDES IMPORTANTS**

En préambule, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'un avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'elle est organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce lui permet de porter une telle appréciation. Dans cette section, il s'agit uniquement d'évoquer de façon non-exhaustive les instruments juridiques dont dispose l'Autorité de la concurrence pour contrôler et, le cas échéant, corriger, les comportements constatés en matière de contrats d'affiliation dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire.

Le droit des concentrations ne peut appréhender les pratiques consistant, pour un groupe de distribution, à prendre le contrôle de ses affiliés par le biais de contrats de distribution ou des prises de participation que dans des circonstances très particulières et sous réserve que les chiffres d'affaires des magasins impliqués respectent les seuils de notification (1). Des procédures contentieuses pourraient également être initiées à l'encontre des groupes de distribution liant leurs magasins indépendants de façon excessive. Ces procédures sont toutefois longues et incertaines. Une solution concertée avec les opérateurs présenterait de ce fait des avantages d'efficacité (2).

### **1. AU TITRE DU DROIT DES CONCENTRATIONS**

Les paragraphes 581 et suivants des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations exposent l'application faite par les autorités de concurrence du droit commun des concentrations aux relations existant au sein de réseaux de distribution. S'il n'est pas exclu que la conclusion d'un contrat de distribution

puisse conférer à une tête de réseau une influence déterminante sur l'activité d'un magasin (a), c'est essentiellement au travers des prises de participations minoritaires que le droit des concentrations a vocation à contrôler l'organisation des réseaux de distribution (b).

**a) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par la conclusion d'un contrat de distribution**

Les lignes directrices rappellent que la seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L.430-1 du code de commerce que dans des cas très spécifiques. En particulier, les dispositions typiques comprises dans les contrats d'enseigne et de franchise (respect de normes de commercialisation, par exemple) ne donnent pas à la tête de réseau une influence déterminante sur ses franchisés tant que ces derniers continuent de supporter les risques commerciaux inhérents à leur activité (gestion des stocks, politique de prix).

Cependant, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, les contrats de distribution sont susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité de la concurrence peut ainsi juger que des contrats de distribution s'accompagnant d'une cession d'actifs (stocks, locaux, fonds de commerce, participation au capital –cf. le point b *supra*) sont susceptibles de donner à la tête de réseau un contrôle des actifs de son affilié, mais sous réserve qu'il soit possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et que les seuils de notification des concentrations soient atteints. De même, les contrats de distribution limitant l'autonomie des magasins affiliés, tant dans leur politique commerciale que dans leurs possibilités de changer de réseau, peuvent octroyer à la tête de réseau une influence déterminante sur le magasin affilié.

**b) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par une prise de participation minoritaire lui conférant une minorité de blocage sur les décisions stratégiques.**

L'acquisition d'une participation minoritaire par la tête de réseau peut également, dans certains cas, constituer une opération de concentration, notamment lorsqu'elle s'accompagne d'une modification des statuts de l'entreprise concernée. L'Autorité de la concurrence appréciera dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent. En particulier, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, la tête du réseau de distribution est en mesure d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau et, jointe au contrat de distribution, la participation minoritaire confère alors à la tête de réseau une influence déterminante. Il en ira de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARI), voire même de la détention d'une seule action de préférence. A cet égard, les lignes directrices renvoient notamment aux décisions de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis et n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 ITM/Mikery.

**c) Les limites du seul recours au droit des concentrations pour appréhender les dispositifs contractuels liant les magasins indépendants et leurs têtes de réseau**

A l'exception des cas où le contrat liant le magasin indépendant à sa tête de réseau s'accompagne d'une prise de participation minoritaire, la requalification de certains contrats d'affiliation en opération de concentration reste rare. Cette requalification est porteuse d'une certaine incertitude juridique préjudiciable aux opérateurs, et notamment aux magasins indépendants, et sa généralisation accroîtrait significativement les coûts des procédures de concentration, tant pour les entreprises que pour l'administration. Plus généralement, le droit des concentrations ne trouve à s'appliquer que dès lors que l'opération – quelle que soit sa forme : participation majoritaire, participation minoritaire entraînant une influence déterminante, contrat entraînant une influence déterminante – respecte les seuils de notification. Pour mémoire, la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a abaissé les seuils de notification des concentrations portant sur les magasins du secteur du commerce de détail, de 150 à 75 millions d'euros pour le seuil « global » et de 50 à 15 millions d'euros pour les seuils individuels. Ce faisant, le contrôle des concentrations a désormais vocation à s'appliquer aux opérations concernant des hypermarchés et des grands supermarchés, mais non à celles concernant le commerce de proximité à dominante alimentaire, ou les supermarchés de taille intermédiaire (jusqu'à 2 000 m<sup>2</sup> environ). Surtout, les prises de participation réalisées avant l'abaissement des seuils demeurent acquises. Enfin, les prises de participation de certains groupements coopératifs parviennent à échapper au contrôle des concentrations en étant effectuées non par la tête de réseau mais par certains des magasins adhérents au groupement.

**2. AU TITRE DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES**

Au terme de cet avis, l'Autorité de la concurrence estime que les caractéristiques des contrats de franchise et d'affiliation identifiées entraînent des effets restrictifs de concurrence sur les différents marchés de la grande distribution à dominante alimentaire. Ces pratiques pourraient donc faire l'objet d'une procédure contentieuse contradictoire, en application de l'art. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (a). Elles pourraient également, sous plusieurs conditions, être poursuivies au titre de la prohibition des abus de dépendance économique (b).

**a) En application des dispositions législatives sur les ententes verticales**

Aucun des groupes de distribution, considérés comme des fournisseurs de produits via leur centrale d'achat, ne détient une part de marché supérieure à 30 %. De même, aucun des magasins ne représente plus de 30 % des ventes

réalisées sur ce marché. Les seuils en-dessous desquels une exemption par catégorie pourrait être accordée, sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, ne paraissent donc pas être franchis.

En pratique, les effets restrictifs de concurrence des contrats d'affiliation décrits *supra* découlent d'une part de la généralisation des clauses entravant la mobilité des magasins indépendants à l'ensemble du secteur, d'autre part du pouvoir de marché que détiennent, sur certaines zones de chalandise, les magasins ou les groupes de distribution les mettant en oeuvre. Une analyse conduite au niveau des zones de chalandise serait naturellement source de contestations du fait de leur nombre élevé et des incertitudes qui peuvent demeurer quant à leur délimitation en termes de produits et de frontières géographiques. Les difficultés d'une telle voie d'instruction paraissent avoir été implicitement reconnues par la Commission européenne à l'occasion de la publication des nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), qui ne font pas référence aux marchés de détail de la vente ou revente de produits ou de services mais au marché « amont » sur lequel le(s) fournisseur(s) éventuellement mis en cause vend(ent) les produits contractuels à l'acheteur et au marché sur lequel le distributeur achète les produits contractuels.

En revanche, les pratiques constatées pourraient être appréhendées au travers de l'application de la théorie dite des « effets cumulatifs ». Concrètement, l'article 6 du règlement d'exemption habilite en effet la Commission ou un État membre à retirer le bénéfice de l'exemption à des accords verticaux lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par *l'effet cumulatif* de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs concurrents, i.e., lorsque ces restrictions produisent des effets similaires sur le marché et lorsque les opérateurs y recourant couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. En l'espèce, tant les groupements coopératifs que les réseaux intégrés développant la franchise pour certains formats de vente ont mis en place des systèmes contractuels contribuant à préserver leurs réseaux respectifs et à éviter autant que possible la perte de points de vente, si bien que le seuil de 50 % ainsi défini paraît bien être franchi. De la même façon, si les caractéristiques particulières des contrats liant les magasins aux groupes de distribution peuvent différer (durée d'engagement, clauses et droits post-contractuels, présence ou non de droits d'entrée différés, taux d'approvisionnement auprès de la centrale, etc.), elles paraissent néanmoins de nature à produire des effets similaires de barrière à l'entrée sur un marché. Si l'existence d'effets cumulatifs devait, le cas échéant, être démontrée, l'Autorité de la concurrence, au vu de l'article 7 du règlement d'exemption, aurait la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption aux contrats d'affiliation des principaux groupes de distribution alimentaire, ce qui permettrait de qualifier ces accords de pratiques anticoncurrentielles au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE.

Pour autant, d'éventuelles procédures contentieuses entraîneraient des délais importants et une plus grande insécurité juridique pour les opérateurs, compte tenu des voies d'instruction (analyse des parts de marché au niveau des zones de chalandise, évaluation de l'effet cumulatif causé par un ensemble de contrats similaires) qui pourraient devoir être empruntées. Dans ces conditions, des voies alternatives d'amélioration de la fluidité des réseaux de distribution paraissent, dans un premier temps, devoir être recherchées. Dans la mesure où, compte tenu du nombre limité de nouveaux magasins susceptibles de faire jouer la concurrence entre têtes de réseau, il n'existe que peu d'incitations pour les groupes de distribution à réduire les effets de verrouillage de leurs dispositifs contractuels et capitalistiques, des propositions de nature législative paraissent être un remède adapté aux dysfonctionnements constatés dans les relations entre groupes de distribution et magasins indépendants.

#### **b) En application des dispositions législatives sur les abus de dépendance économique**

Les pratiques constatées pourraient également, le cas échéant, participer à la qualification d'abus de dépendance économique de certains comportements. En effet, dans sa décision SEFAG n° 10-D-08 du 3 mars 2010, l'Autorité de la concurrence a indiqué que la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur peut résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité est de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée (paragraphe 163 de la décision). Au demeurant, s'agissant du cas d'espèce de la décision précitée, l'état de dépendance économique dans les relations entre Carrefour et son réseau de distribution n'a pu être mis en évidence en raison de l'absence d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé à l'égard d'une filiale du groupe Carrefour, et en l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau Carrefour (paragraphe 166 et suivants de la décision).

Ainsi, il apparaît que les pratiques contractuelles et capitalistiques identifiées dans le cadre du présent avis pourraient, le cas échéant, permettre d'établir l'existence d'un état de dépendance économique entre un groupe de distribution et ses affiliés. Toutefois, pour que la qualification d'abus de dépendance puisse être retenue, il conviendrait, après avoir rapporté l'existence d'un état de dépendance économique entre le groupe de distribution et chacun de ses affiliés concernés, démontrer le comportement abusif du groupe de distribution à l'égard de ses affiliés, qui pourrait notamment consister en la mise en oeuvre d'une ou plusieurs pratiques restrictives de concurrence prévues au I de l'article L. 442-6 du code de commerce, et que celui-ci affecte l'état de la concurrence, par exemple s'il se produit sur une zone de chalandise concentrée. La démonstration d'une telle pratique anticoncurrentielle semble, à l'évidence, d'autant moins aisée qu'elle nécessiterait d'appréhender chaque cas de façon particulière. Compte tenu du caractère généralisé des dispositifs contractuels et capitalistiques constatés dans le secteur de la grande distribution à

dominante alimentaire, une telle voie n'apparaît donc guère effective pour remédier aux préoccupations de concurrence décrites dans cet avis.

### **C. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

Plusieurs mesures permettraient d'améliorer la fluidité des réseaux de distribution. Celles-ci visent, d'une part, à permettre aux magasins indépendants de choisir de façon libre et éclairée le groupe de distribution auquel ils décident de s'affilier (1) et, d'autre part, à limiter la durée des engagements souscrits et à faciliter les conditions de sortie du réseau afin d'accroître la mobilité des magasins entre réseaux concurrents (2). Ces recommandations pourraient, dans un premier temps, être mises en oeuvre avec le concours des organismes professionnels du secteur. A défaut pour les opérateurs de suivre les recommandations fournies, l'intervention du législateur pourrait dès lors s'avérer nécessaire (3).

#### **1. LA NÉCESSITÉ DE PERMETTRE AUX MAGASINS INDÉPENDANTS DE FAIRE UN CHOIX LIBRE ET ÉCLAIRÉ DU GROUPE DE DISTRIBUTION AUQUEL ILS DÉCIDENT DE S'AFFILIER**

Un magasin indépendant candidat à l'affiliation doit pouvoir comparer les conditions d'affiliation proposées par les différents groupes. Un réseau proposant des durées d'engagement moins longues et/ou des conditions de sortie plus avantageuses pourrait alors être à même d'attirer un plus grand nombre de candidats. Toutefois, les représentants des magasins indépendants auditionnés lors de l'instruction ont à plusieurs reprises souligné que ces derniers mesurent mal les implications de leur engagement et notamment, les conditions de sortie de réseau contraignantes auxquelles ils sont souvent soumis.

Il apparaît donc nécessaire de rendre les conditions d'affiliation plus transparentes afin de permettre aux candidats à l'affiliation d'opérer leurs choix de manière libre et éclairée. A cet égard, il est recommandé aux opérateurs de formaliser l'ensemble des termes de la relation avec l'affilié au sein d'un accord cadre unique (a), de communiquer cet accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers (b) et de renforcer l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation (c). En effet, une fois le groupe de distribution choisi, le candidat à l'affiliation entre en pourparlers avec la tête de réseau, ce qui, sur un plan tant financier qu'humain, réduit la possibilité pour le candidat de revenir ultérieurement sur ses choix quand bien même aucun contrat n'aurait encore été signé.

##### **a) La formalisation de la relation entre le magasin affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique**

La multiplication des documents contractuels pour la formalisation d'une seule et même relation contractuelle est source d'opacité et d'insécurité juridique, le risque de clauses contradictoires issues de documents différents étant accru. En conséquence, à l'instar de l'accord commercial unique visant à régir les relations entre le fournisseur et le distributeur prévu à l'article L.441-7 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence recommande aux opérateurs de formaliser les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique complété, le cas échéant, d'un ou plusieurs contrats d'application. L'établissement d'un tel document cadre aurait l'avantage de rendre les termes de la relation plus transparents et le cas échéant, de faciliter le travail des autorités de contrôle. En outre, cet accord cadre unique, au sein duquel devraient notamment figurer les dispositions communes aux différents « volets » de la relation telles la clause de durée, les conditions de résiliation, les conditions de résolution des litiges ou encore les clauses attributives de juridiction, limiterait la présence de clauses contradictoires et l'insécurité juridique afférente.

##### **b) La transmission du projet d'accord cadre unique et des contrats d'application doit pouvoir se produire suffisamment en amont des pourparlers**

Plusieurs représentants des magasins indépendants ont souligné la longueur du processus d'affiliation à une enseigne. En effet, entre le moment où les premiers contacts se nouent et celui où les parties signent les documents contractuels, s'écoule un certain laps de temps durant lequel les parties évaluent leur motivation et la pertinence de leur projet commun. Notamment, c'est durant cette période que le candidat à l'affiliation cherche des financements et des parrainages. Il arrive également que le candidat à l'affiliation suive pendant cette période des formations dispensées par le groupe de distribution et/ou soit salarié dudit groupe. Lorsqu'arrivent la dernière phase de négociation et celle de la signature du contrat, le candidat à l'affiliation a donc déjà considérablement investi en temps et humainement dans ce projet d'affiliation et est donc peu disposé à contester ou tenter de négocier les conditions d'affiliation qui lui sont alors transmises. En outre, à ce stade, la comparaison des conditions d'affiliation avec celles des groupes concurrents est trop tardive car le candidat ne peut que difficilement renoncer à son projet d'affiliation, sauf à renoncer aux investissements d'ores et déjà fournis et à entamer un nouveau processus d'affiliation, long et fastidieux, auprès d'un autre groupe de distribution. Dans ces conditions, il apparaît donc nécessaire que le candidat à l'affiliation ait communication, le plus en amont possible, du projet d'accord cadre unique et de ses éventuels contrats d'application.

##### **c) Le renforcement de l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation**

La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » a introduit une obligation précontractuelle d'information de l'affilié à la charge de la tête de réseau. À cet égard, l'article L. 330-3 du code de commerce dispose que : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Ce document doit notamment mentionner la durée, les conditions de renouvellement, de

résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités (art. L. 330-3 al.3 et R. 330-1, 6° du code de commerce).

L'Autorité de la concurrence recommande à cet égard aux opérateurs que les informations données concernant la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession ne concernent pas uniquement le contrat de franchise (ou équivalent) au sens strict mais l'intégralité de la relation contractuelle qui, comme on l'a vu, peut être formalisée par divers documents (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, contrat de location-gérance, statuts de la société d'exploitation, pacte d'associés etc.). De plus, il est recommandé aux opérateurs de faire figurer parmi les informations données à ce stade, la présence de clauses restreignant la liberté de l'affilié lors de la rupture ou de l'échéance de la relation contractuelle en ce compris, les éventuels droits de priorité au profit de la tête de réseau, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles, etc.

## **2. LA DURÉE DES ENGAGEMENTS DOIT ÊTRE LIMITÉE ET LES CONDITIONS DE SORTIE DU RÉSEAU FACILITÉES**

Une transparence accrue des conditions d'affiliation proposées par les différents groupes de distribution devrait renforcer la mise en concurrence des réseaux de distribution par les magasins indépendants candidats à l'affiliation. Toutefois, compte tenu de l'importance du parc existant et des difficultés à ouvrir de nouveaux magasins, ces mesures pourraient n'avoir qu'un impact mesuré puisqu'elles ne peuvent produire d'effets que sur les nouveaux magasins indépendants. Il convient donc également de faciliter la mobilité des magasins indépendants d'ores et déjà affiliés à un groupe de distribution en réduisant la durée des engagements souscrits (a) d'une part et en allégeant les conditions de sortie du réseau auxquelles ils sont soumis. Cet allègement doit s'appuyer sur une harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle (b), une interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau (c), un encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles (d), un étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé (e), et un encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés (f).

### **a) La réduction de la durée des engagements souscrits**

L'instruction a permis de mettre en lumière les durées relativement longues de certains contrats conclus entre les affiliés et leurs têtes de réseau, ces dernières pouvant aller de 3 à 30 ans et étant le plus souvent renouvelables de façon tacite pour des durées équivalentes.

Il apparaît également que les durées de contrats relevées sont bien supérieures à celles nécessaires à l'amortissement des investissements spécifiques entrepris par les parties, qui sont en outre peu risqués et pour lesquels le danger de parasitisme est limité.

Sur un secteur caractérisé par des obstacles significatifs à la création de nouveaux magasins, un degré de concentration élevé des marchés de détail, des relations de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés et où le ralliement de magasins indépendants à une enseigne représente pour cette dernière un important facteur de développement, des durées d'engagement trop longues entraînent des effets restrictifs de concurrence, tant sur le marché amont de l'approvisionnement des magasins que sur le marché aval de la revente de ces biens aux consommateurs. Un raccourcissement de la durée des contrats faciliterait la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes, abaisserait les barrières à l'entrée et renforcerait la concurrence entre les groupes de distribution.

Toutefois, une durée suffisamment longue des engagements souscrits peut également produire une certaine efficacité. Elle peut ainsi permettre à l'affilié de sécuriser les investissements effectués dans des actifs spécifiques à son groupe de distribution même si ceux-ci sont, comme on l'a vu, relativement limités. En outre, elle peut constituer une garantie à l'égard des organismes bancaires qui consentent des prêts aux affiliés nécessaires au montage des magasins. La durée des engagements souscrits par le groupe de distribution ne doit donc pas être trop courte, au risque de priver le candidat à l'affiliation d'un élément de sécurisation de son projet. Comme il a été mentionné *supra* (paragraphe 73), il existe une relation de quasi-exclusivité d'approvisionnement de fait entre les magasins indépendants et les groupes de distribution auxquels ils sont affiliés. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n°330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

En conséquence, l'Autorité demande aux opérateurs de limiter la durée des engagements contractuels souscrits avec leurs magasins affiliés à une durée de cinq ans maximum et de modifier en ce sens les contrats en cours d'exécution. En outre, il convient d'éviter que les parties aient la possibilité de renouveler de façon tacite leur contrat à l'échéance de ce dernier, afin d'inciter les parties à entrer en pourparlers sur les termes d'un éventuel nouveau contrat.

Toutefois, à elle seule, une réduction de la durée des engagements ne suffirait pas à répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par les dispositions contractuelles liant magasins indépendants et groupes de distribution. D'une part, la durée des engagements est fréquemment prolongée par divers dispositifs contractuels qui survivent au terme du contrat principal. D'autre part, une réduction de la durée des engagements risque de léser les magasins indépendants si ceux souhaitant changer de réseau ne sont pas en mesure de pouvoir contracter rapidement avec un autre groupe de distribution à l'échéance de leur contrat d'affiliation.

### **b) L'harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle**

L'instruction a permis de relever que dans certains cas, les différents contrats liant le magasin affilié à sa tête de réseau peuvent ne pas avoir les mêmes durées, ni les mêmes échéances et conditions de résiliation. Outre le fait d'être générateurs d'une certaine insécurité juridique, ces décalages et divergences entre les différents contrats ont pour effet de prolonger artificiellement la durée des engagements souscrits. L'Autorité de la concurrence demande donc aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs de la relation commerciale, courants et à venir. La conclusion d'un accord cadre unique, tel que préconisé par l'Autorité (cf. *supra* paragraphe 213), devrait également permettre aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation des engagements contractés par les parties dans le futur.

### **c) L'interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau**

La plupart des contrats analysés au cours de l'instruction prévoient un droit de priorité (droit de préférence ou droit de préemption) au profit du groupe de distribution, le plus souvent valable pendant la durée prévue du contrat ainsi que plusieurs années après son arrivée à échéance. Le souhait des groupes de distribution de sécuriser leurs investissements et d'assurer la pérennité de leur réseau n'est pas de nature à justifier la présence de telles clauses dans les contrats.

Ce type de clause organise en outre une asymétrie dans la négociation de la vente du magasin, le groupe de distribution bénéficiaire ayant la garantie de pouvoir conserver le magasin face à d'éventuelles offres concurrentes. Cette asymétrie est susceptible de dissuader les groupes de distribution concurrents de démarcher les magasins indépendants des autres enseignes et de figer ainsi les marchés de détail et le jeu concurrentiel.

Par conséquent, l'Autorité de la concurrence demande aux opérateurs de ne plus insérer dans les contrats de droits de priorité ou dispositifs assimilés au profit de la tête de réseau et de priver de toute exécution ceux afférents aux contrats en cours d'exécution, à tout le moins, dans l'hypothèse où le groupe de distribution n'est pas propriétaire des murs du magasin et ne possède aucune participation financière dans la société d'exploitation. En effet, dans cette perspective, la remise en concurrence de l'enseigne avec d'autres enseignes concurrentes est facilitée par la réelle liberté d'action dont dispose la société d'exploitation pour conclure un nouveau partenariat avec un autre groupe de distribution plus performant. Il est évident que dans l'hypothèse où le groupe de distribution est réellement partenaire du développement du magasin indépendant (prise de participation correspondant à une véritable aide financière du groupe de distribution, possession des murs ou du fonds de commerce), l'existence d'un droit de priorité ou d'un dispositif assimilé paraît justifiée.

### **d) L'encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles**

Selon les éléments recueillis durant l'instruction de cet avis, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats conclus entre les groupes de distribution et leurs affiliés peuvent, dans certains cas, être nécessaires à la protection du savoir-faire, à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau mais ne sont pas toujours proportionnées à cet objectif (cf. *supra* paragraphes 142 et suivants). Au regard des dispositions du Règlement n° 330/2010, il pourrait être envisagé de limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes dans les contrats d'affiliation, à venir ou en cours d'exécution, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause.

### **e) L'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé**

Le droit d'entrée différé permet à l'affilié de ne verser le montant des droits d'entrée qu'à l'échéance du contrat. Si elle permet à l'opérateur indépendant d'alléger ainsi la contrainte financière qui pèserait sur ses comptes durant les premières années de son activité, cette disposition comporte le risque de limiter sa liberté commerciale en le dissuadant de quitter le réseau. Conformément aux préconisations émises sur le site [www.pme.gouv.fr](http://www.pme.gouv.fr), il est donc recommandé que de tels droits différés soient supprimés, y compris dans les contrats en cours d'exécution, et que soit substituée la possibilité d'étaler sur une durée suffisamment courte le paiement du droit d'entrée.

### **f) L'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés**

La plupart des groupes de distribution, tant coopératifs qu'intégrés, prennent de plus en plus fréquemment des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.

Ces prises de participations leur confèrent un pouvoir de contrôle sur la gestion des sociétés d'exploitation de leurs affiliés. En particulier, ils disposent le plus souvent d'un droit de veto leur permettant notamment de s'opposer à tout changement d'enseigne du magasin. En outre, les statuts de ces sociétés d'exploitation ou les pactes d'associés afférents contiennent fréquemment des droits de priorité au profit du groupe de distribution et des clauses de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié. En conséquence, ces prises de participations créent un véritable frein à la mobilité des magasins indépendants entre les différentes enseignes.

Ces prises de participations constituent le plus souvent des opérations de concentration mais, dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils de notification applicables au commerce de détail (L. 430-2-II du code de commerce) ou qu'elles ont été effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie et l'abaissement des seuils de notification appliqués au commerce de détail, elles n'ont pas vocation à être contrôlées par le droit de la concurrence. Pour autant, ces pratiques produisent un effet de verrouillage des magasins et nécessitent donc d'être encadrées. Cet encadrement des prises de participations pourrait notamment consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes d'associés des sociétés d'exploitation. En effet, ces clauses qui confèrent un droit

de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin en cause, empêchent le cas échéant l'affilié de changer de réseau à l'arrivée à terme du contrat.

### 3. LES MODALITÉS DE MISE EN OEUVRE DE CES RECOMMANDATIONS

La mise en œuvre de ces recommandations nécessite une intervention du législateur. C'est en effet par son intermédiaire que pourront être apportées des réponses claires et rapides aux restrictions de concurrence mises en relief lors de l'instruction de cet avis.

#### CONCLUSION

Au terme de son analyse, l'Autorité de la concurrence juge le niveau de concentration de certaines zones de chalandises excessivement élevé, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Pour ce dernier format, le cas de Paris, où seuls deux groupes de distribution, présents sous de nombreuses enseignes différentes, sont réellement en concurrence, nécessite d'être souligné. Cette concentration des zones de chalandise est d'autant plus préoccupante que le secteur de la grande distribution alimentaire présente d'importantes barrières à l'entrée, résultant, notamment, des réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial.

Dans ce contexte, tout comportement susceptible d'accroître les obstacles à l'entrée renforce la concentration des zones de chalandises, atténue l'intensité de la concurrence entre magasins et dégrade la situation des consommateurs. Il en va ainsi des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de vente de foncier commercial. De même, les dispositifs contractuels ou capitalistiques visant à limiter la mobilité des magasins entre les groupes de distribution empêchent également l'arrivée de nouvelles enseignes sur certaines zones de chalandises ou de nouveaux groupes de distribution sur certains formats. Au final, c'est bien le consommateur qui est lésé par ces comportements, qui renforcent les barrières à l'entrée et atténuent ainsi la concurrence sur les zones de chalandise, et ce d'autant plus que les justifications apportées par les opérateurs apparaissent insuffisantes à justifier l'ampleur des restrictions ainsi mises en place. L'érection de telles barrières à l'entrée paraît d'autant plus dommageable que dans le secteur français de la grande distribution alimentaire, le parc de magasins indépendants est très important et pourrait donc représenter une voie d'entrée viable pour un nouveau concurrent. Plusieurs acteurs du secteur ont d'ailleurs indiqué que l'affiliation à leur réseau de magasins concurrents constituerait un vecteur de leur développement vers des zones géographiques ou des formats de distribution où ils sont encore peu présents, dès lors, toutefois, que seraient levés les dispositifs contractuels et capitalistiques qui entravent actuellement la mobilité des magasins indépendants entre les réseaux.

S'étant saisie d'office pour avis, l'Autorité ne peut, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permettrait de porter une telle appréciation. Les recommandations suivantes, récapitulées de façon synthétique dans le tableau ci-dessous, sont cependant de nature à faciliter l'implantation de nouveaux magasins et la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes. La mise en œuvre de ces recommandations est dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis, sur l'application duquel l'Autorité de la concurrence exercera sa vigilance. A défaut, une intervention du législateur serait sans aucun doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence.

(...).

#### **Cass. com. 30 mai 2012, n° 11-18024**

LA COUR (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Lioser et M. X... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par la société ITM région parisienne ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que la société Lioser, constituée par M. X..., exploitait un magasin Intermarché en vertu d'un contrat d'enseigne conclu le 21 avril 1998 pour dix ans avec la société ITM Entreprises ; que la société ITM région parisienne, filiale de cette dernière, est devenue détentrice de 34 % en nue-propriété des actions représentant le capital de la société Lioser ; que sa qualité de nue-propriétaire lui donnait le droit de vote aux assemblées générales extraordinaires ; que le 26 octobre 2007, M. X... et la société Lioser ont informé la société ITM Entreprises que le contrat d'enseigne ne serait pas renouvelé à son échéance ; que la société ITM région parisienne, soutenant que la décision de ne pas reconduire le contrat d'enseigne relevait, en application des statuts, de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, a fait assigner la société Lioser et M. X... en annulation de la dénonciation de ce contrat ; que la société Lioser et M. X... ont soulevé la nullité de la disposition statutaire imposant la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour dénoncer le contrat d'enseigne ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société ITM région parisienne fait grief à l'arrêt d'avoir écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, alors, selon le moyen, qu'en considérant que la société Lioser et M. X... pouvaient exciper, perpétuellement, de la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, cependant que l'exception de nullité de l'article 34 n'était invoquée que pour faire obstacle à la demande de nullité de la dénonciation du contrat d'enseigne, laquelle ne tendait donc pas à faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique, la cour d'appel a violé l'article 1844-14 du code civil ;

Mais attendu que l'exception de nullité peut seulement être invoquée pour faire échec à la demande d'exécution d'un

acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ; qu'ayant relevé que la société Lioser et M. X... n'avaient pas convoqué une assemblée générale extraordinaire en vue d'autoriser la dénonciation du contrat d'enseigne, ce dont il résultait que la disposition statutaire dont ils demandaient la nullité n'avait pas été exécutée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa seconde branche :

Sur la recevabilité du moyen contestée par la défense :

Attendu que le moyen est de pur droit, le pourvoi ne se prévalant d'aucun fait qui n'ait été connu par les juges du fond, soumis à leur appréciation et constaté dans la décision attaquée ; que la fin de non-recevoir n'est pas fondée ;

Et sur le moyen :

Vu l'article 1844-10, alinéa 2, du code civil, ensemble les principes de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence ;

Attendu que pour dire n'y avoir lieu de prononcer la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, l'arrêt retient que cette disposition statutaire, qui est conforme à l'article L. 225-96 du code de commerce, ne contrevient, en elle-même, ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anti-concurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il retient encore qu'en réalité, la société Lioser et M. X... contestent la convention d'usufruit sans en tirer une quelconque conséquence, et surtout l'usage abusif ou illicite que la société ITM Entreprises, sous le couvert de la société ITM région parisienne qu'elle contrôle, peut faire de la minorité de blocage qu'elle détient pour imposer la poursuite sans fin du contrat de franchise ; qu'il retient enfin qu'alors même que ces contestations seraient fondées, elles ne sauraient, en toute hypothèse, entraîner la nullité de la disposition statutaire incriminée ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait la société ITM région parisienne et compte tenu de la dépendance de cette dernière envers la société ITM Entreprises dont elle était la filiale à 99 %, n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés ;**

Et attendu que la cassation sur le premier moyen entraîne la cassation, par voie de conséquence, de la disposition de l'arrêt ayant prononcé la nullité de la dénonciation du contrat d'enseigne à laquelle M. X... a procédé sans autorisation de l'assemblée générale extraordinaire de la société Lioser, ainsi que celle de la délibération du conseil d'administration l'y ayant autorisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief du premier moyen ni sur le second moyen du pourvoi principal :

REJETTE le pourvoi incident ;

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit n'y avoir lieu de surseoir à statuer, infirmé le jugement et déclaré la société ITM région parisienne recevable en son action, l'arrêt rendu le 17 février 2011, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

#### **Cass. com. 4 nov. 2014, n°12-25419**

LA COUR (...) Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société X... Distri (la société X...) que sur le pourvoi provoqué relevé par la société Distribution Casino France (la société Casino) ;

Sur la recevabilité du pourvoi provoqué, contestée par la défense :

Attendu que la société Casino a formé en application de l'article 611 du code de procédure civile un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 juin 2012 qui ordonne la substitution de la société Carrefour proximité France (la société Carrefour) dans ses droits dans la cession du fonds de commerce de la société X..., sans l'avoir appelée en la cause ;

Mais attendu que l'arrêt n'a prononcé aucune condamnation à l'encontre de la société Casino ; qu'il s'ensuit que le pourvoi de cette société, contre un arrêt dont les dispositions n'ont pas la force de la chose jugée à son égard et contre lequel elle pouvait faire tierce opposition, n'est pas recevable ;

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de la société Casino, contestée par la défense :

Attendu qu'il résulte des articles 327 et 330 du code de procédure civile que les interventions volontaires sont admises devant la Cour de cassation si elles sont formées à titre accessoire, à l'appui des prétentions d'une partie, et si leur auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie ; que la société Casino justifie d'un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions de la société X... qui a formé un pourvoi contre l'arrêt qui dit que la cession de son fonds de commerce à la société Casino est inopposable à la société Carrefour et qui ordonne la substitution de cette société dans ses droits dans la cession de ce fonds ; que l'intervention volontaire est donc recevable ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi principal :

Vu les articles L. 420-1 et L. 420-3 du code de commerce ;

**Attendu qu'est prohibée, et partant nulle, toute clause contractuelle ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elle tend à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par contrat du 18 mai 1998, renouvelé le 22 octobre 2004, la société X... a conclu

avec la société Comptoirs modernes union commerciale, aux droits de laquelle sont venues la société Prodim, puis la société Carrefour, un contrat de franchise pour l'exploitation d'un magasin d'alimentation ; qu'il était stipulé un droit de première offre et de préférence au profit du franchiseur, à égalité de prix et de conditions, en cas, notamment, de cession ou transfert des droits de propriété ou de jouissance sur le local, ou de cession ou transfert des droits de propriété ou de jouissance ou mise en location-gérance sur le fonds de commerce ; qu'après avoir notifié à la société Carrefour la résiliation du contrat de franchise pour le 18 mai 2010, la société X... l'a informée, le 14 mai 2010, du prix et des conditions de la cession de son fonds de commerce qu'elle avait consentie à la société Casino, sous la condition suspensive, notamment, de la conclusion d'un contrat de gérance-mandataire au profit de M. X... ; que la société Carrefour a fait assigner la société X... afin qu'il lui soit interdit de vendre son fonds de commerce à la société Casino et ordonné de régulariser la vente à son profit et, dans l'hypothèse où la vente serait néanmoins intervenue au profit de la société Casino, que soit ordonnée sa substitution de plein droit à cette société ; que le 3 septembre 2010, la société X... a régularisé la cession du fonds de commerce à la société Casino ;

**Attendu que pour rejeter la demande de la société X... tendant à voir prononcer la nullité, en raison de son effet anticoncurrentiel, du pacte de préférence assortissant le contrat de franchise et ordonner la substitution de la société Casino dans les droits de la société Carrefour dans la cession du fonds de commerce, l'arrêt se borne à retenir que si, conformément à l'avis n° 10- A-26 du 7 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence, l'expression d'une préférence dans le droit des contrats commerciaux doit être strictement limitée au regard des dispositions relatives à la libre concurrence et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le pacte de préférence ne peut être considéré comme une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où seule la liberté de choisir son cocontractant est affectée par le pacte et où il n'oblige pas les parties à conclure le contrat pour lequel la préférence est donnée, le cédant n'étant pas obligé de céder son bien et le bénéficiaire n'étant pas obligé de l'acquiescer ;**

**Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la stipulation, dans les contrats de franchise consentis par la société Carrefour, d'un droit de préférence à son profit, valable pendant toute la durée du contrat et un an après son échéance, n'avait pas pour effet, en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents, de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché du détail de la distribution à dominante alimentaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;**

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

Déclare IRRECEVABLE le pourvoi incident ;

Reçoit la société Distribution Casino France en son intervention volontaire ; Et sur le pourvoi principal :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce que, infirmant le jugement, il dit que la cession du fonds de commerce intervenue entre la société X... Distri et la société Distribution Casino France est inopposable à la société Carrefour proximité France, ordonne la substitution de la société Carrefour proximité France dans les droits de la société Distribution Casino France dans la cession du fonds de commerce et dit que l'arrêt vaut acte de cession au profit de la société Carrefour proximité France, et dit que la régularisation de l'acte de cession devra intervenir dans le mois de sa signification, l'arrêt rendu le 13 juin 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la société Carrefour proximité France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société X... Distri la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

## **CAS PRATIQUE :**

La société Alpha, société affiliée à un groupement coopératif sous l'enseigne Show-sur, exerce deux types d'activité dans plusieurs magasins en Ile-de-France : la vente au détail de chaussures de luxe et des services de cordonnerie.

1) Au titre de l'activité de vente, plusieurs contrats ont été conclus entre Alpha et le groupement Show-sur en 2010 :

- (a) Un contrat d'approvisionnement exclusif d'une durée de 3 ans, portant sur des chaussures correspondant aux productions et sélections par Show-Sur, des accessoires, prévoyant une clause de non concurrence post contractuelle d'une durée de 5 ans (activité équivalente, territoire IDF), une clause attributive de compétence, T. com. Paris,

- (b) Un contrat d'enseigne Show-Sur de mise à disposition de signes distinctifs d'une durée indéterminée prévoyant, en outre, une durée indéterminée, une clause de non-concurrence post-contractuelle (activités identiques, et tout ce qui correspond à la vente de produits de chaussure), une clause de promesse de cession portant sur fonds, les titres de la société Alpha, en cas de cession, apport, fusion, etc., d'une durée de cinq ans après la cession éventuelle du contrat, une clause compromissaire.
- (c) Un contrat stipulant la réception des colis des commandes passées sur le site Internet du groupement d'une durée de 1 an, pour la durée du contrat d'enseigne
- (d) Un contrat de prêt d'une durée de 15 ans d'un immeuble à usage commercial est également conclu, pour le magasin de Paris 8ème, sous condition suspensive de l'achat du local adjacent à celui que possède la société à Paris. En effet, le contrat de mise à disposition de signes distinctifs, qui ne s'applique qu'à l'activité de vente, oblige les affiliés au groupement à disposer de locaux de vente d'une taille minimale de 100 m<sup>2</sup> d'ici 2025. Or, le local dont la société Show-sur est propriétaire et prêté à Alpha est propriétaire ne fait que 75 m<sup>2</sup>.

2) Au titre de l'activité de cordonnerie, un contrat d'affiliation au groupement Show-sur d'une durée de 9 ans renouvelable par tacite reconduction (a) et un contrat d'approvisionnement exclusif (b) d'une durée de 3 ans portant sur des produits de cordonnerie sont conclus entre Show-sur et le groupement, au contenu à peu près identique aux contrats jumeaux (&).

3) chacun des contrats prévoit une clause d'interdépendance entre tous et notamment entre le contrat 1 (b) et le contrat 2 (b).

La société Alpha a fait une offre de d'achat au prix du marché pour l'acquisition du local adjacent à son magasin de Paris. Mais le propriétaire a décidé de conclure la vente avec une personne lui ayant fait une meilleure offre.

Sachant qu'elle ne pourra plus exercer l'activité de vente dans le local de Paris après 2025, Alpha aimerait rapidement y développer une nouvelle activité : la vente de chaussettes made in France.

La société Alpha a en effet eu connaissance d'une nouvelle franchise dans ce secteur, Chaud7.

Alpha a adressé un courrier de résiliation du contrat Show-sur, mais uniquement pour le magasin de Paris.

Alpha aimerait investir ce nouveau secteur d'activité tout en continuant de bénéficier des revenus qu'elle touche de l'exploitation de l'activité de cordonnerie dans son magasin parisien et de l'exploitation de ses autres magasins. La perspective pour Alpha de perdre son magasin phare de Paris la conduit même à envisager de changer toute son activité autour de celle de Chaud7 qui, grâce à un ancien ministre de l'Economie, connaît un succès fulgurant et se développe dans l'ensemble des secteurs de vêtements et de chaussures.

Conseillez Alpha sur cette possibilité.

## Séance n° 6 Gérants de succursales

**Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-22168, 11-22365**

La Cour (...)

Vu la connexité, joint les pourvois n°s Y 11-22.168 et N 11-22.365 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un contrat de location-gérance a été conclu le 28 décembre 1998 entre la société Elf Antar France, aux droits de laquelle est venue la société Total France, elle-même devenue société Total raffinage marketing (Total), et la société ANC, relatif au fonds de commerce de la station-service de Colomars (06), pour une durée de trois ans à compter du 4 janvier 1999 ; que ce contrat a été prorogé, puis renouvelé jusqu'au 30 juin 2005 ; que le 18 septembre 2006, Mmes Nicole et Cécile X..., cogérantes de la société ANC, ont saisi la juridiction prud'homale en revendiquant le bénéfice de l'article L. 781-1 du code du travail, alors applicable, recodifié sous les articles L. 7321-1 et suivants du même code, pour obtenir le paiement par la société Total de diverses sommes à titre de rappel de salaires et d'indemnités, ainsi que leur immatriculation au régime général de la sécurité sociale ;

Sur le pourvoi n° Y 11-22.168 de la société Total :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de rejeter son exception d'inconventionnalité, alors, selon le moyen :

1°/ que le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit et fait partie des droits protégés par la juridiction européenne au titre du droit à un procès équitable ; que le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail n'est pas défini par ce texte et ne permet pas au fournisseur d'apprécier le risque de se voir imposer la mise en oeuvre des dispositions précitées ; qu'en refusant d'accueillir l'exception d'inconventionnalité soulevée par la société Total qui établissait l'imprévisibilité de la règle de droit posée par l'article L. 7321-2 du code du travail, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ que le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit et fait partie des droits protégés par la juridiction européenne au titre du droit à un procès équitable ; que le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail, en l'absence de toute définition par le texte des conditions précises de son application, ne permet pas de prévoir avec un degré suffisamment raisonnable de certitude, les conséquences pouvant en résulter ; qu'en refusant d'accueillir l'exception d'inconventionnalité soulevée par la société Total, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ne constitue pas une atteinte à la sécurité juridique le fait que les juridictions apprécient dans chaque cas l'importance, prépondérante ou non, de l'activité consacrée par un distributeur de produits au service du fournisseur et que le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce dernier, et en a déduit que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail ne sont pas contraires à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que les dispositions des articles L. 7321 et suivants du code du travail s'appliquent en leur principe aux rapports des parties et bénéficient à Mmes X..., de rejeter sa demande tendant à une compensation de créances et de dire que l'inscription au régime général était obligatoire dès le début de l'activité des intéressées, alors, selon le moyen :

1°/ que la mise en oeuvre des dispositions légales applicables au gérant de succursales au bénéfice de deux personnes physiques, gérantes et associées de société, impose que soit constatée la fictivité de la société qui a initialement conclu un contrat avec le distributeur de carburant et dont les gérantes prétendent relever du champ d'application des articles L. 7321-2 du code du travail ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2 du code du travail ;

2°/ que la mise en oeuvre des articles L. 7321-1 et suivants du code du travail exige la constatation d'obligations réciproques entre celui qui prétend bénéficier des articles susvisés et son fournisseur ; qu'en ne relevant pas l'existence de telles obligations entre les deux gérantes de la société ANC et la société Total, tout en accordant le bénéfice des dispositions applicables au gérant de succursale à Mmes X... , la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;

3°/ que, subsidiairement, une même activité ne peut donner lieu à une rémunération au titre de deux statuts incompatibles pour une même période ; qu'en accordant à Mmes X... le bénéfice des dispositions

applicables aux gérants de succursales après avoir constaté qu'elles en étaient les gérantes et associées, ce dont se déduisait qu'elles avaient perçu une rémunération au titre de cette gérance, la cour d'appel, qui a autorisé le principe d'une double rémunération de Mmes X... au titre d'une même période et d'une même activité, a violé les articles 1131 et 1134 du code civil ;

4°/ qu'en tout état de cause, la rémunération de gérants d'une station-service sous la forme de versement de salaires en application des articles L. 7321-1 à L. 7321-4 du code du travail doit être déterminée en tenant compte des rémunérations perçues au titre de la gérance qui a la même cause ; qu'en refusant de faire droit à la demande de la société Total, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-1 et suivant du code du travail

5°/ que, subsidiairement, la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel qu'elle était également fondée à se prévaloir de la déduction des sommes perçues de l'exploitation sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que, subsidiairement, en retenant qu'un lien était caractérisé entre Mmes X..., qui consacraient toute leur activité au fonctionnement de l'établissement et la société Total, tout en refusant de faire droit à la demande de cette dernière tendant à une compensation des créances, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1289 du code civil ;

7°/ que, subsidiairement, la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que dans l'hypothèse où il serait jugé que Mmes X... seraient créancières de la société Total au titre de l'exploitation de la station service, il devait être constaté qu'elles avaient perçu une rémunération à ce titre, peu important que ladite rémunération ait été versée par un tiers, à savoir, la société ANC, puisque selon l'article 1236 du code civil, une obligation peut être partiellement ou intégralement exécutée par un tiers ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen duquel il résultait que Mmes X... avaient déjà perçu d'un tiers une partie de leurs créances respectives au titre de l'exploitation de la station, ce qui imposait une déduction desdites sommes de celles éventuellement dues par la société Total, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté qu'au delà de la société ANC, l'activité d'exploitation de la station-service était en fait exercée par Mmes X..., de sorte que ces dernières pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail dès lors que les conditions cumulatives posées par ce texte étaient réunies ;

Attendu, enfin, que la compensation implique l'existence d'obligations réciproques entre les parties ; que les rémunérations perçues par Mmes X... en tant que cogérantes de la société ANC leur ayant été versées par cette société et non par la société Total, laquelle n'est ainsi aucunement créancière de Mmes X... à ce titre, la cour d'appel a exactement décidé qu'aucune compensation ne pouvait être opérée entre la créance de Mmes X... sur la société Total et les sommes perçues par elles de la société ANC ;

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

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que les dispositions des articles L. 7321 et suivants du code du travail s'appliquent en leur principe aux rapports des parties et bénéficient à Mmes X..., que les dispositions de la première partie, de la troisième partie en ses livres 1er et III et de la quatrième partie de ce code leur sont notamment applicables, que la convention collective applicable est celle de l'industrie du pétrole et que le coefficient 230 s'applique à Mmes X..., alors, selon le moyen, que nul ne peut bénéficier, au titre d'une même période, des dispositions légales reconnaissant un statut de gérant de succursale et des bénéfices du statut de salarié ; que la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que Mmes X... étaient salariées de la société ANC ; qu'en ne vérifiant pas si cette circonstance était de nature à exclure le bénéfice du statut de gérant de succursale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que Mmes X... avaient exercé leur activité au bénéfice exclusif de la société Total, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elles pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail dès lors que les conditions posées par ce texte étaient cumulativement réunies ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses cinq dernières branches, les quatrième et cinquième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens, qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le pourvoi n° N 11-22.365 de Mmes X... :

Sur le premier moyen :

Attendu que Mmes X... font grief à l'arrêt de déclarer soumises à la prescription quinquennale leurs demandes en paiement de créances de nature salariale pour la période antérieure au 18 septembre 2001, alors, selon le moyen:

1°/ que toute personne a le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables lui assurant notamment "la rémunération qui procure au minimum à tous les travailleurs...un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale... le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés" ; que méconnaît ce droit à des conditions de travail justes et à la perception de la rémunération y afférente la loi nationale qui édicte une prescription quinquennale de ces rémunérations à compter de leur échéance, sans considération d'une éventuelle renonciation du travailleur à les percevoir, des conventions conclues entre les parties, ni du comportement du bénéficiaire de la prestation de travail ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ;

2°/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ; que n'est pas de nature à assurer l'effectivité de ce droit la législation nationale qui édicte une prescription quinquennale de l'action en paiement des créances afférentes à la reconnaissance d'un statut protecteur, privant ainsi de facto le bénéficiaire de ce statut de la possibilité de faire utilement valoir ces droits devant un tribunal ; que n'assure pas davantage le respect de ces droits fondamentaux l'unique réserve d'une impossibilité absolue d'agir ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1er et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens et que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ; qu'en appliquant au bénéfice de la société Total une prescription ayant pour effet de priver Mmes X... d'une partie substantielle des rémunérations constituant la contrepartie de l'activité déployée pour son compte, acquises à mesure de l'exécution de leur prestation de travail, la cour d'appel leur a infligé une privation d'un droit de créance disproportionnée avec l'objectif légal de sécurité juridique et a, partant, porté une atteinte excessive et injustifiée au droit de ces travailleuses au respect de leurs biens, en violation de l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ qu'en appliquant à des travailleuses n'ayant jamais été reconnues comme ses salariées par la compagnie pétrolière mais devant, pour bénéficier des dispositions légales et conventionnelles applicables dans cette entreprise, faire judiciairement reconnaître leur droit au bénéfice du statut réservé aux gérants de succursales, une prescription destinée à éteindre les créances périodiques de salariés régulièrement tenus informés de leurs droits par la délivrance, notamment, d'un bulletin de salaire mensuel, la cour d'appel a édicté entre les différents travailleurs concourant à l'activité de la compagnie pétrolière une différence de traitement injustifiée, en violation de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ qu'en retenant que Mmes X... avaient "la possibilité absolue d'exercer un recours effectif... en cours d'exécution du contrat de commission", ce dont il résultait que ces gérantes de station service devaient connaître l'inefficacité de l'interposition entre elles et la compagnie pétrolière, à l'initiative de cette dernière, d'une personne morale seule titulaire des droits et obligations issus des contrats de gérance, interprétation non seulement imprévisible mais directement contraire au droit positif applicable à cette date, la cour d'appel a violé derechef les textes susvisés ;

Mais attendu, d'abord, que Mmes X... n'ayant pas été dans l'impossibilité d'agir en requalification de leurs contrats, lesquels ne présentaient pas de caractère frauduleux, et ne justifiant pas d'une cause juridiquement admise de suspension du délai de prescription, c'est sans méconnaître les dispositions des instruments internationaux visés par les trois premières et la dernière branches du moyen que la cour d'appel a appliqué la règle légale prévoyant une prescription quinquennale des actions en justice relatives à des créances de nature salariale ;

Attendu, ensuite, que la prescription quinquennale s'appliquant à l'ensemble des demandes de nature salariale, la cour d'appel a à bon droit exclu toute discrimination

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

Mais sur le second moyen :

Vu l'article L. 781-1, recodifié sous les articles L. 7321-1, L. 7321-2 et L. 7321-3 du code du travail, ensemble l'article 1165 du code civil ;

Attendu que pour débouter Mmes X... de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le contrat de location-gérance du 23 juin 2002 était prévu pour trois ans, jusqu'au 30 juin 2005, qu'il n'est donc établi, ni que la relation contractuelle était à durée indéterminée, ni que la volonté d'y mettre fin soit celle de la société Total, qu'ainsi la rupture des relations entre les parties au 30 juin 2005 ne saurait être assimilée à la rupture d'un contrat à durée indéterminée ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les clauses du contrat liant le fournisseur à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi n° Y 11-22.168 formé par la société Total raffinage marketing ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mmes X... de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 7 juin 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

### **Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12 -28160 et 12-28376**

Vu la connexité, joint les pourvois n° H 12-28.160 et S 12-28.376 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société SFR a signé les 31 mai 1996, 11 janvier 2002 et 30 décembre 2005 des contrats de distribution de ses produits avec la société Electronique occitane, dont le gérant est M. X... ; qu'il a été mis fin à ce groupe de contrats, le 31 décembre 2008 ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale le 15 janvier 2009 afin de se voir reconnaître le statut de gérant de succursale régi par le code du travail, et se voir allouer par la société SFR diverses sommes, notamment des rappels de salaire de janvier 2004 à décembre 2005 et les congés payés afférents ainsi que des indemnités de rupture ;

Sur le pourvoi de la société SFR :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de dire que M. X... relevait du statut de gérant de succursale soumis au code du travail, alors, selon le moyen :

1°/ que l'activité de gérant de succursale doit, dans les faits, être exercée personnellement par celui qui revendique le bénéfice d'un tel statut, peu important les termes du contrat signé avec celui qui fournit les marchandises ou pour le compte duquel sont recueillies les commandes ; qu'en l'espèce, pour considérer que M. X... pouvait prétendre au statut de gérant de succursale, la cour d'appel a retenu qu'il résultait des termes du contrat Espace SFR entreprise du 11 janvier 2002 qu'il aurait été conclu intuitu personae avec la société Electronique occitane en tant que gérée avec M. X... et intuitu personae avec son dirigeant ; qu'en se fondant exclusivement sur les termes du contrat litigieux, sans caractériser que M. X... exerçait de manière effective et personnelle l'activité de gérant de succursale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

2°/ que l'activité de gérant de succursale doit, dans les faits, être exercée personnellement par celui qui revendique le bénéfice d'un tel statut ; que le fait que l'entreprise dont l'intéressé est le gérant réalise un chiffre d'affaires supérieur à certain montant n'est pas de nature à apporter cette preuve ; qu'en déduisant de ce que les chiffres d'affaires réalisés par la société Electronique occitane étaient supérieurs à 541 000 euros la conclusion qu'était apportée la preuve que M. X..., son dirigeant, occupait la profession de gérant pour assurer la gestion du magasin qui assurait la distribution des services SFR, la cour d'appel qui a statué par un motif inopérant a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

3°/ que la conclusion d'un contrat de distribution ou de franchise comportant une concession d'enseigne, impose au distributeur le respect d'un certain nombre de normes inhérentes à l'existence d'un réseau de distribution qui se doit de donner une image unifiée afin de conserver son identité propre ; que sont inhérentes à l'appartenance à un réseau de distribution les stipulations contractuelles ayant pour objet l'aménagement du point de vente, les modalités de vente et d'exploitation de celui-ci, le contrôle de l'activité du cocontractant et le tarif de ses services ; que la cour d'appel, qui a déduit des obligations liées à une concession d'enseigne, que le statut de gérant de succursale devait bénéficier à M. Giroussens, a statué par des motifs inopérants et violé l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

4°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à

traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail et pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale, la cour d'appel s'est bornée à constater que selon l'attestation de l'expert-comptable, l'activité effectuée par la société Electronique occitane avec SFR s'établissait en 2004 et 2005, respectivement à 72,70 % et 80 % de son chiffre d'affaires global et que l'importance du pourcentage concrétisait une fonction essentielle de gérant consacrée à SFR ; qu'en statuant par ce motif inopérant lorsqu'il lui appartenait de constater qu'une part essentielle du chiffre d'affaires SFR de la société Electronique occitane correspondait au recueil de commandes (ou à l'enregistrement d'abonnement) pour le compte exclusif de SFR, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

5°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail et pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale, la cour d'appel a relevé que le courant d'affaires de la société Electronique occitane avec SFR représentait les abonnements avec leurs annexes dont l'importance du pourcentage concrétisait une fonction essentielle du gérant consacré à SFR et « une exclusivité de plus des 2/3 » ; qu'en se déterminant ainsi lorsque l'activité de prise de commandes ou de prise d'abonnement requière une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

6°/ que les jugements doivent être motivés ; que dans ses conclusions d'appel, la société SFR contestait l'importance du pourcentage de chiffre d'affaires prétendument réalisé par la société Electronique occitane avec SFR en faisant valoir qu'il convenait de retenir le pourcentage, bien moindre, correspondant au chiffre d'affaires total de la société Electronique occitane comparé aux seules commissions versées par SFR en rémunération de l'activité de prise d'abonnements pour son compte, à l'exclusion des lignes « RMD » correspondant à de simples remboursements sans rapport avec une quelconque rémunération de prise d'abonnements ; qu'en se bornant à affirmer qu'on ne pouvait « limiter le chiffre d'affaires aux seules commissions hors primes RM » sans s'expliquer davantage sur les raisons d'écarter ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, la société SFR faisait valoir sans être contestée sur ce point que la société Electronique Occitane faisait souscrire à certains abonnés des contrats d'assurance pour leurs téléphones mobiles, non pas pour son compte mais pour le compte de courtier d'assurances SPB ou pour le compte de l'assureur AIG de sorte qu'elle ne recueillait pas des commandes exclusivement pour son compte ; que la cour d'appel a observé que les contrats d'assurance des téléphone mobile rentraient effectivement dans le courant d'affaires de la société Electronique occitane avec SFR ; qu'en jugeant que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail lorsque l'activité de prise de commandes requiert une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

**Mais attendu, d'abord, que, d'une part, la cour d'appel a constaté que le contrat mentionnait le caractère intuitu personae des relations établies et que toute opération de cession ou de nature à influencer sur le capital social devait être soumise à l'agrément de la société SFR, ce dont il résultait que même si celle-ci avait contracté avec une personne morale, c'est la personne physique de celui qui la gérait qui était prépondérante dans l'exécution de l'activité confiée, et d'autre part, que le bénéfice des dispositions de l'article L. 7321- 2 du code du travail n'est pas subordonné à la condition que l'activité professionnelle soit exercée par le seul intéressé ;**

Attendu, ensuite, qu'ayant constaté que le contrat était relatif à la distribution, sous l'enseigne Espace SFR entreprise, des services d'abonnements SFR et produits associés, à raison de soixante par mois au moins, aux tarifs et conditions fixés par SFR pour la souscription des abonnements et cartes SIM selon les formulaires remis, relevant de la gamme des produits Entreprise au moins à hauteur de 70 %, les abonnements SFR devant représenter 80 % au moins du total des abonnements vendus dans la surface de vente, la cour d'appel a pu retenir que l'activité remplissait la condition de quasi-exclusivité visée à l'article L. 7321-2 2° a) du code du travail ;

Attendu, enfin, qu'appréciant souverainement l'ensemble des éléments de preuve produits, la cour d'appel, qui a constaté que le contrat imposait des critères de qualité et de disposition du local d'exploitation lequel ne pouvait être cédé, une utilisation de l'enseigne selon des critères donnés, et l'obligation d'avoir un

commercial itinérant et un vendeur permanent dans le local commercial ouvert 5/7 jours et 12/12 mois avec faculté d'audit commercial chaque quadri-trimestre, a pu déduire de ses constatations que M. X... pouvait se prévaloir du statut de gérant de succursale ;

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

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de considérer que M. X... pouvait revendiquer l'échelon F, seuil 1, de la convention collective des télécommunications, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour faire droit aux demandes de M. X..., au titre des rappels de salaire, des congés-payés, de l'indemnité de préavis, des congés payés y afférents et de l'indemnité conventionnelle de licenciement, sur la qualité de gérant de succursale de ce dernier, la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif visé par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en tout état de cause, aux termes de l'annexe 1, dit accord relatif au champ d'application de la convention des télécommunications, du 2 décembre 1998, sont exclus de ce champ « les sociétés ayant pour activité principale la distribution d'équipements et de terminaux de télécommunication auprès du grand public » ; qu'aux termes de l'extrait Kbis versé aux débats, la société Electronique occitane avait pour activité « Toutes activités concernant la communication en général notamment toutes activités de négoce installation location entretien dépannage de matériel et installation de téléphonie, péritéléphonie, radio-communication » ; que la cour d'appel a considéré en substance que son activité principale consistait à distribuer des abonnements téléphoniques ; qu'en appliquant à M. X..., le niveau F de la convention collective des télécommunications, quand celle-ci était inapplicable à la société Electronique occitane, la cour d'appel a violé l'article préliminaire de l'annexe 1, dit accord relatif au champ d'application de la convention des télécommunications, du 2 décembre 1998 ;

3°/ qu'en tout état de cause, aux termes de l'article 6.1.2 de la convention collective nationale des télécommunications, relèvent du niveau F, les emplois qui « contribuent à définir les enjeux et les objectifs de leur domaine ou secteur d'activité en pilotant des projets ou des missions prenant en compte différents paramètres (techniques, économiques et organisationnels) d'offre et de service », dans lesquels « l'activité contribue à définir les procédures et à garantir leurs applications », dont les « actions ou décisions ont un impact déterminant sur l'entité et peuvent toucher d'autres entités », les « relations consistent à échanger des informations pertinentes, d'argumenter et de convaincre dans plusieurs domaines d'activité et/ou de management », qui « requièrent une maîtrise technique du domaine d'application, des capacités élevées d'analyse, d'anticipation, d'adaptation, de prévision et d'organisation », étant précisé que « les connaissances à mettre en oeuvre acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou une expérience reconnue sont au moins égales au niveau I ou II de l'éducation nationale » ; qu'en accordant à M. X..., le bénéfice d'une rémunération correspondant au groupe F de la dite convention sans constater les fonctions effectuées en fait par lui relevant du groupe F au regard des critères énoncés par le texte conventionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6.1.2 de la convention collective nationale des télécommunications ;

Mais attendu, d'abord, que le deuxième moyen, sans portée dans sa première branche en raison du rejet du premier moyen, est irrecevable dans sa troisième branche, car nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Attendu ensuite, que selon l'article L. 2261-2 du code du travail, la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur, que le moyen qui tend en sa deuxième branche à voir exclure l'application au gérant succursaliste de la convention collective des télécommunications, au motif que la société partenaire dont il est le gérant relève d'une autre convention, est inopérant ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société SFR fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... diverses sommes à titre d'indemnités de rupture, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour faire droit aux demandes de M. X..., au titre de l'indemnité de préavis, des congés-payés afférents, de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sur la qualité de gérant de succursale de ce dernier, la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif visé par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en cas de requalification, les conditions du contrat non liées à sa nature demeurent inchangées de sorte que le contrat de distribution conclu à durée déterminée et ultérieurement requalifié en contrat de gérant succursaliste salarié est réputé être à durée déterminée ; qu'en requalifiant les contrats de

distribution, conclus à durée déterminée, en un contrat de travail à durée indéterminée, motif pris de l'absence de contrat écrit, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

3°/ que la cour d'appel a constaté que les contrats liant la société SFR à la société Electronique occitane étaient conclus intuitu personae avec la personne morale « en tant que gérée par M. X..., » et intuitu personae avec ce dernier, et que M. X..., assurait la gestion du magasin qui assurait la distribution des services SFR ; qu'en jugeant néanmoins que le préavis donné par la société SFR à la société Electronique occitane ne pouvait valoir préavis à l'égard de M. X..., personnellement lorsqu'il résultait de ses constatations que ce préavis concernait aussi bien la cessation de l'activité de la société Electronique occitane que l'activité indissociable de gestion de cette société par M. X..., son gérant, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'une part, que les clauses du contrat liant la société SFR à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, et d'autre part, que la relation de travail entre la société SFR et le gérant s'étant déroulée sans contrat écrit, elle est, en vertu de l'article L. 1242-12 du code du travail présumée être à durée indéterminée ; que le moyen sans portée dans sa première branche en raison du rejet du premier moyen, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi du gérant :

Vu les articles 1289 du code civil et L. 7321-1 à L. 7321-4 du code du travail ;

Attendu que pour dire que doivent être déduites des sommes dues par la société SFR à M. X..., celles dont il a bénéficié à titre de rémunération par la société Electronique occitane, l'arrêt énonce que le salarié ne peut bénéficier de deux salaires pour la même activité ;

Attendu cependant que la compensation implique l'existence d'obligations réciproques entre les parties ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que les rapports entre le gérant de succursale et la société SFR étant indépendants de ceux qu'il entretenait avec la société Electronique occitane, il ne pouvait y avoir compensation entre les sommes qui lui étaient dues par la première et celles dont pouvaient lui être redevable la seconde, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, par voie de retranchement en ce qu'il dit que doivent être déduites des sommes dues par la société SFR à M. X..., celles dont il a bénéficié à titre de rémunération par la société Electronique occitane, l'arrêt rendu le 25 septembre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12 -27089

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 7 septembre 2012), que le 22 janvier 2001, la société Mondial pare-brise a conclu avec M. X... un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un centre de réparation et de remplacement de vitrages automobiles ; qu'elle a rompu le contrat à effet au 21 janvier 2011 ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale afin de voir requalifier la relation contractuelle en contrat de travail et d'obtenir diverses sommes à titre de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Mondial pare-brise fait grief à l'arrêt statuant sur contredit de déclarer la juridiction prud'homale compétente, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges du fond doivent analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve sur lesquels ils fondent leur décision ; qu'en visant seulement les « pièces et les éléments produits par M. X... », sans en préciser la nature ni les analyser, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'est gérant de succursale la personne dont l'activité consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise ; que la cour d'appel, qui n'a pas précisé en quoi M. X..., artisan inscrit au registre des métiers, exerçait son activité de pose de vitrage automobiles « pour le compte » de la société Mondial pare-brise, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2 du code du travail ;

**Mais attendu que la cour d'appel, par une décision motivée, a retenu que M. X..., qui exploitait un centre de réparation et de vente de pare-brise, devait s'approvisionner exclusivement auprès de la société Mondial pare-brise et ne pouvait recevoir aucune commande extérieure à cette société, que cette activité s'exerçait dans un local agréé par son fournisseur et dans des conditions définies par lui, que les prix étaient fixés unilatéralement par la société Mondial pare-**

brise ; qu'ayant ainsi déduit de ses constatations que les conditions de l'article L. 7321-2 du code du travail étaient remplies, elle a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. com. 11 décembre 2019, n° 18-10.790, 18-10.842**

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 11 octobre 2017), la Société française du radiotéléphone (la société SFR) a conclu les 31 mai 1996, 11 janvier 2002 et 30 décembre 2005 des contrats de distribution de ses produits et services avec la société Electronique occitane, dont le gérant est M. L.... Il a été mis fin à ces contrats le 31 décembre 2008. Un arrêt du 25 septembre 2012, devenu irrévocable sur ce point, a reconnu à M. L... le statut de gérant de succursale et a condamné la société SFR à lui payer diverses sommes, notamment des rappels de salaire de janvier 2004 à décembre 2005 et les congés payés afférents ainsi que des indemnités de rupture. La société SFR a assigné la société Electronique occitane et M. L... en annulation des contrats de distribution, à titre subsidiaire, en résolution de ces contrats pour inexécution, par la société Electronique occitane, de ses obligations contractuelles et, plus subsidiairement, en réparation du préjudice causé par les manquements contractuels de la société Electronique occitane, facilités par M. L..., correspondant au montant des sommes versées à ce dernier en exécution des décisions de justice.

Sur le premier moyen du pourvoi n° 18-10.842

Énoncé du moyen

3. La société SFR fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation des contrats pour erreur sur la personne alors « que l'erreur qui tombe sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter est une cause de nullité de la convention dès lors que la considération de cette personne est la cause principale de la convention; que l'erreur sur la personne peut porter sur les qualités essentielles de celle-ci ; que la qualité de personne morale est essentielle lorsqu'une partie a eu intention de contracter avec une société en raison de sa réputation et de son expérience ; qu'en l'espèce, après avoir observé qu'il ressortait des dispositions contractuelles liant la société SFR et la société Electronique occitane « que la société SFR [avait] entendu souscrire les contrats de distribution avec la société Electronique occitane, représentée par M. O... L..., son gérant », la cour d'appel a néanmoins cru pouvoir en déduire qu'aucune erreur sur la personne de son cocontractant n'avait vicié le consentement de la société SFR lorsqu'elle avait contracté avec Electronique occitane ; qu'en statuant ainsi, lorsqu'il s'inférait de ses propres constatations que la société SFR n'avait pas entendu contracter avec M. L..., pris en sa qualité de personne physique, mais uniquement avec la société Electronique occitane représentée par son gérant M. L..., la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1110 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause. »

Réponse de la Cour

4. Après avoir énoncé que les conditions de l'exécution ultérieure du contrat ne peuvent constituer un élément caractérisant l'erreur sur le consentement au moment de la conclusion du contrat et relevé que le contrat de distribution conclu entre la société SFR et la société Electronique occitane stipulait qu'il était « conclu intuitu personae en considération de la personne morale de la société [Electronique occitane] ainsi qu'en considération de son dirigeant » et qu'en conséquence, il « ne pourra[it] être cédé en tout ou partie, sans l'accord préalable, exprès et écrit de SFR », l'arrêt retient que la société SFR a entendu souscrire les contrats de distribution avec la société Electronique occitane, représentée par M. L..., son gérant.

5. De ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit qu'aucune erreur n'avait été commise par la société SFR sur la personne de son cocontractant.

6. Par conséquent, le moyen n'est pas fondé.

Mais sur le moyen relevé d'office

7. Conformément aux articles 620, alinéa 2, et 1015 du code de procédure civile, avis a été donné aux parties.

Vu les articles L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail :

8. Lorsqu'un fournisseur a conclu avec une personne morale un contrat pour la distribution de ses produits et que le statut de gérant de succursale est reconnu au dirigeant de cette personne, le fournisseur, condamné à payer à ce dernier les sommes qui lui étaient dues en application de ce statut d'ordre public, auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement, n'est pas admis à réclamer à la personne morale, fût-ce pour partie, le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a effectuées en exécution du contrat de distribution.

9. Pour condamner la société Electronique occitane à payer à la société SFR des dommages-intérêts correspondant aux rappels de salaires et congés payés versés par cette dernière à M. L..., outre les charges patronales, en exécution de l'arrêt rendu le 25 septembre 2012 lui ayant reconnu le statut de gérant de succursale, l'arrêt retient que la société SFR a ainsi dû payer deux fois les mêmes prestations et que si la société Electronique occitane avait exécuté l'ensemble des obligations qui lui revenaient, le statut de gérant de succursale n'aurait pas été reconnu à son gérant et la société SFR n'aurait pas été condamnée au paiement de ces sommes.

10. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

11. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

12. L'intérêt d'une bonne administration de la justice justifie, en effet, que la Cour de cassation statue au fond.

13. Le principe énoncé ci-avant conduit au rejet des demandes formées par la société SFR.

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Electronique occitane à payer à la Société française du radiotéléphone (SFR) la somme de 92 473,43 euros au titre du préjudice subi et statue sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 11 octobre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Rejette la demande formée par la Société française du radiotéléphone en réparation de son préjudice ;

Condamne la Société française du radiotéléphone aux dépens, incluant ceux exposés devant les juges du fond ;

Rejette sa demande formée en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

La condamne à payer à la société Electronique occitane et à M. L... la somme globale de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du onze décembre deux mille dix-neuf.

### **Cass. com. 12 févr. 2020, n° 18-10.790**

LA COUR (...)

I. 1°/ M. E... H..., domicilié [...],

2°/ la société Electronique occitane, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...],

ont formé le pourvoi n° A 18-10.790 contre l'arrêt (n° RG : 15/22922) rendu le 11 octobre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 4), dans le litige l'opposant à la Société française du radiotéléphone (SFR), société anonyme, dont le siège est [...], défenderesse à la cassation.

II. La Société française du radiotéléphone (SFR), société anonyme, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° H 18-10.842 contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ la société Electronique occitane, société à responsabilité limitée,

2°/ M. E... H..., défendeurs à la cassation ;

Les demandeurs au pourvoi n° A 18-10.790 invoquent, à l'appui de leur recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi n° H 18-10.842 invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation également annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme de Cabarrus, conseiller référendaire, les observations de la SCP Alain Bénabent, avocat de la Société française du radiotéléphone, de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de M. H... et de la société Electronique occitane, et l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, après débats en l'audience publique du 21 janvier 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme de Cabarrus, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémy, conseiller doyen, M. Guérin, Mmes Vallansan, Darbois, Poillot-Peruzzetto, M. Remeniéras, Mmes Graff-Daudret, Vaissette, Béval, Pomonti, Fontaine, Champalaune, Daubigny, Sudre, Mme Michel-Amsellem, Mme Fèvre, M. Riffaud, Mme Boisselet, M. Mollard, conseillers, Mme Le Bras, M. Guerlot, Mmes Barbot, Brahic-Lambrey, M. Blanc, Mmes Kass-Danno, Lion, conseillers référendaires, Mme Beaudonnet, avocat général, et Mme Labat, greffier de chambre, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

*Sur le rabat d'office de l'arrêt n° 972 FP P+B+R rendu le 11 décembre 2019 par la chambre commerciale, financière et économique*

Vu les avis donnés aux parties et au ministère public :

1. Cet arrêt est entaché d'une erreur de procédure, non imputable aux parties, en ce que l'avis qui a été délivré aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile ne faisait état que de la possibilité qu'un moyen soit relevé d'office, sans préciser qu'en ce cas, il était envisagé de casser l'arrêt sans renvoi et de statuer au fond sur la demande formée par la Société française du radiotéléphone.

2. Il y a lieu de rabattre cet arrêt et de statuer à nouveau.

*Jonction*

3. En raison de leur connexité, les pourvois n° A 18-10.790 et H 18-10.842 sont joints.

*Faits et procédure*

4. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 11 octobre 2017), la Société française du radiotéléphone (la société SFR) a conclu

les 31 mai 1996, 11 janvier 2002 et 30 décembre 2005 des contrats de distribution de ses produits et services avec la société Electronique occitane, dont le gérant est M. H... Il a été mis fin à ce groupe de contrats le 31 décembre 2008. Un arrêt du 25 septembre 2012, devenu irrévocable sur ce point, a reconnu à M. H... le statut de gérant de succursale et a condamné la société SFR à lui payer diverses sommes, notamment des rappels de salaire de janvier 2004 à décembre 2005 et les congés payés afférents ainsi que des indemnités de rupture. La société SFR a assigné la société Electronique occitane et M. H... en annulation des contrats de distribution, à titre subsidiaire, en résolution de ces contrats pour inexécution par la société Electronique occitane de ses obligations contractuelles et, plus subsidiairement, en réparation du préjudice causé par les manquements contractuels de la société Electronique occitane, facilités par M. H..., correspondant au montant des sommes versées à ce dernier en exécution des décisions de justice.

Sur le premier moyen du pourvoi n°H 18-10.842

Enoncé du moyen

5. La société SFR fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation pour erreur sur la personne alors « que l'erreur qui tombe sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter est une cause de nullité de la convention dès lors que la considération de cette personne est la cause principale de la convention ; que l'erreur sur la personne peut porter sur les qualités essentielles de celle-ci ; que la qualité de personne morale est essentielle lorsqu'une partie a eu intention de contracter avec une société en raison de sa réputation et de son expérience ; qu'en l'espèce, après avoir observé qu'il ressortait des dispositions contractuelles liant la société SFR et la société Electronique occitane « que la société SFR [avait] entendu souscrire les contrats de distribution avec la société Electronique occitane, représentée par M. E... H..., son gérant », la cour d'appel a néanmoins cru pouvoir en déduire qu'aucune erreur sur la personne de son cocontractant n'avait vicié le consentement de la société SFR lorsqu'elle avait contracté avec Electronique occitane ; qu'en statuant ainsi, lorsqu'il s'inférait de ses propres constatations que la société SFR n'avait pas entendu contracter avec M. H..., pris en sa qualité de personne physique, mais uniquement avec la société Electronique occitane représentée par son gérant M. H..., la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1110 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause. »

Réponse de la Cour

6. Après avoir énoncé que les conditions de l'exécution ultérieure du contrat ne peuvent constituer un élément caractérisant l'erreur sur le consentement au moment de la conclusion du contrat et relevé que le contrat de distribution conclu entre la société SFR et la société Electronique occitane stipulait qu'il était « conclu intuitu personae en considération de la personne morale de la société [Electronique occitane] ainsi qu'en considération de son dirigeant » et qu'en conséquence, il « ne pourra[it] être cédé en tout ou partie, sans l'accord préalable, exprès et écrit de SFR », l'arrêt retient que la société SFR a entendu souscrire les contrats de distribution avec la société Electronique occitane, représentée par M. H..., son gérant.

7. De ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit qu'aucune erreur n'avait été commise par la société SFR sur la personne de son cocontractant.

8. Par conséquent, le moyen n'est pas fondé.

*Mais sur le moyen relevé d'office*

9. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application de l'article 620, alinéa 2, du code de procédure civile.

Vu les articles L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail :

10. Lorsqu'un fournisseur a conclu avec une personne morale un contrat pour la distribution de ses produits et que le statut de gérant de succursale est reconnu au dirigeant de cette personne, le fournisseur, condamné à payer à ce dernier les sommes qui lui étaient dues en application de ce statut d'ordre public, auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement, n'est pas admis à réclamer à la personne morale, fût-ce pour partie, le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a effectuées en exécution du contrat de distribution.

11. Pour condamner la société Electronique occitane à payer à la société SFR des dommages-intérêts correspondant aux rappels de salaires et congés payés versés par cette dernière à M. H..., outre les charges patronales, en exécution de l'arrêt rendu le 25 septembre 2012 lui ayant reconnu le statut de gérant de succursale, l'arrêt retient que la société SFR a ainsi dû payer deux fois les mêmes prestations et que si la société Electronique occitane avait exécuté l'ensemble des obligations qui lui revenaient, le statut de gérant de succursale n'aurait pas été reconnu à son gérant et la société SFR n'aurait pas été condamnée au paiement de ces sommes.

12. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

*Portée et conséquences de la cassation*

13. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

14. En effet, la cassation prononcée n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond par une cour d'appel.

15. Le principe énoncé ci-avant conduit au rejet des demandes formées par la société SFR.

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

RABAT l'arrêt n° 972 FP P+B+R rendu le 11 décembre 2019 ;

Et statuant à nouveau :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Electronique occitane à payer à la Société française du radiotéléphone la somme de 92 473,43 euros au titre du préjudice subi et statue sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 11 octobre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Rejette la demande formée par la Société française du radiotéléphone en réparation de son préjudice ;

Condamne la Société française du radiotéléphone aux dépens, incluant ceux exposés devant les juges du fond ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société française du radiotéléphone et la condamne à payer à la société Electronique occitane et à M. H... la somme globale de 3 000 euros ;

Dit que le présent arrêt sera transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt rabattu ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze février deux mille vingt.

**Note : 1. Nouvelle étape.** L'arrêt du 12 février 2020 fait suite à un précédent arrêt, avec lequel il fait corps, du 11 décembre 2019 (*Cass. com. 11 déc. 2019, n°18-10.790, préc.*). Ils marquent une nouvelle étape dans la mise en œuvre de l'article L. 7321-2 du code du travail. L'arrêt de 2020 comme celui de 2019 sont intéressants à plus d'un titre : il s'agit d'un arrêt rédigé à la « nouvelle mode » et on peut chercher à faire mentir Bruno Dondero (*B. Dondero, « Nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : panique à l'université, D. 2020, p. 145*) en tenant de le commenter, ce d'autant qu'ils sont signalés « P+B+R » et que par ailleurs ils répondent à une question posée en suite d'une application de ce texte.

Ce texte extraordinaire assure que les règles du droit du travail sont applicables aux « gérants de succursales », lesquels sont considérés comme toute personne « 1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° Dont la profession consiste essentiellement : a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ; b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».

Or, la jurisprudence de la chambre sociale a, par vagues successives, appliqué ce texte à diverses catégories de distributeurs indépendants dont, comme en l'espèce, des franchisés (*Cass. com. 13 déc. 2017, n° 16-12.477, D. 2018, p. 865, obs. D. Ferrier, Cass. soc. 12 févr. 2014, n° 12-28.160, D. 2015, p. 943, obs. D. Ferrier, Cass. soc. 5 déc. 2012, n° 11-22.168 et n° 11-20.460, D. 2012, p. 2970, et 2013, p. 740, obs. D. Ferrier; RDT 2013. 101, obs. G. Auzero ; Cass. soc. 18 janv. 2012, n°10-16.342, D. 2013, p. 732, obs. D. Ferrier, Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-23.821, D. 2013, p. 740, obs. D. Ferrier, Soc. 4 déc. 2001, n° 99-41.265, D. 2002, p. 1934, note H. Kenfack, et p. 3007, obs. D. Ferrier ; Dr. soc. 2002, p. 158, note A. Jeammaud ; JCP 2002, I, 148, n° 20, obs. A. Constantin ; CCC 2002, n° 55, obs. L. Leveneur, Cass. soc. 13 janv. 1972, n° 71-13.234 et n° 71-13.529, D. 1972, p. 425).*

Il en résulte une sorte de « co-qualification » du point de vue de la position contractuelle du franchiseur : partenaire d'un contrat de distribution ordinaire avec la personne morale franchisée et « employeur » d'un gérant de succursale, le dirigeant de cette même personne morale (et/ou de ses salariés). Dès lors que le distributeur est une personne morale, il y a donc *création* d'un lien fictif entre le franchiseur et le dirigeant de la personne morale franchisée et, on le verra d'une valeur *fictive* dans le patrimoine de cette dernière, irrépétibile. Le dirigeant peut donc obtenir, devant le juge du travail des indemnités relevant de l'application des règles du droit du travail et la société peut obtenir réparation du fait de l'éventuelle rupture brutale et abusive du contrat. Outre l'application très extensive de

l'article L. 7321-2 du code du travail, on voit bien que la difficulté repose sur l'existence d'une personne morale, celle du distributeur, alors que ce texte ne peut s'appliquer qu'à une personne physique, et l'appréciation de la portée de cette existence.

**2. Rappel des faits.** Dans l'affaire ayant donné lieu à ces deux arrêts, la question se posait précisément de l'incidence de cette difficulté, s'agissant des rapports financiers subséquents entre le franchiseur et la société contractante : le franchiseur ayant été condamné à verser des sommes au titre de l'application de ce texte, quelles conséquences peut-on en tirer sur les sommes versées au titre de l'exécution du contrat de distribution, à laquelle s'est substitué, pour partie, le dirigeant ? La société SFR avait conclu trois contrats de distribution avec un distributeur, la société E.O. représentée par M. G., auxquels il était mis fin en 2008. Classiquement, celui-ci, profitant de l'aubaine de l'application généreuse, bien que très critiquable (*D. Ferrier*, « Pour une juste application du droit social aux distributeurs », *D.* 2017, p. 2495, *D. Porrachia*, « Le gérant succursaliste et la personnalité morale », *BJS* 2014, p. 422, *D. Mainguy*, « Faut-il brûler le droit de la distribution ? », *D.* 2013, p. 1222), de l'article 7321-2 du code du travail à un contrat de franchise, avec succès, obtenait condamnation du franchiseur à payer des sommes au titre de rappels de salaire, de congés payés et d'indemnité de rupture des contrats (*Cass. soc.* 12 févr. 2014, n° 12-28.160, *D.* 2015, p. 943, *obs. D. Ferrier*). La société SFR tentait une action visant à voir reconnaître les conséquences juridiques de l'effet de diffraction que suscite l'application de l'article L. 7321-2. Elle demandait l'annulation des contrats pour erreur sur la personne et pour absence de cause, la résolution judiciaire du contrat et le remboursement, par la société franchisée, des sommes versées au dirigeant. Sur le premier point, l'idée débattue consistait, pour SFR, à considérer qu'elle avait conclu les contrats de distribution avec une société et non avec son gérant et que le contrat, conclu *intuitu personae*, ne l'aurait pas été si elle avait su que le contrat serait en réalité exécuté par le gérant, une personne physique non partie au contrat, ce qui, selon elle ressortait de la solution rendue par les juridictions de droit du travail. Pourtant la cour d'appel considérait que le contrat était conclu avec la société E.O. représentée par M. G., de sorte qu'aucune erreur sur la personne ne pouvait être retenue, solution reprise par la Cour de cassation : « les conditions de l'exécution ultérieure du contrat ne peuvent constituer un élément caractérisant l'erreur sur le consentement au moment de la conclusion du contrat et relevé que le contrat de distribution conclu entre la société SFR et la société E.O. stipulait qu'il était 'conclu *intuitu personae* en considération de la personne morale de la société [E.O.] ainsi qu'en considération de son dirigeant' et qu'en conséquence, il 'ne pourra[it] être cédé en tout ou partie, sans l'accord préalable, exprès et écrit de SFR', l'arrêt [d'appel] retient que la société SFR a entendu souscrire les contrats de distribution avec la société Électronique occitane, représentée par M. G., son gérant » et ce faisant rejette le pourvoi.

Sur le second point, celui de l'absence de cause - ou de but - du contrat, la société SFR considérait que les obligations du distributeur qui constituait la contrepartie de la rémunération versées, finalement, au dirigeant, de sorte que le contrat n'aurait, finalement, pas été causé : la cour d'appel, comme la Cour de cassation écartent l'argument, dans la mesure où cela aurait été l'inexécution du contrat qui eût fondé l'annulation. *Idem* pour la question de la résolution des contrats de distribution pour inexécution : les obligations de la société distributrice auraient finalement été exécutées par cette dernière, mais pas par le gérant, mais, indiquait la cour d'appel, sans que la part d'inexécution par l'une ou l'autre puisse démontrer l'importance de l'inexécution par la société distributrice.

**3. Cassation.** En revanche, la société SFR obtenait, en appel, des dommages et intérêts sur le fondement d'une double perception de rémunérations : la société E.O. a été rémunérée durant l'exécution du contrat, mais pour des prestations qui, au final, ont été considérées comme effectuées par le gérant, au moins pour partie, celles qui ont fait l'objet des sommes versées du fait de la condamnation sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail. Cette partie de l'arrêt est cependant censurée mais sur un moyen relevé d'office, pour rendre une solution, au visa des articles L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail, très surprenante et, pour tout dire, qui n'est pas directement tirée des textes visés : « lorsqu'un fournisseur a conclu avec une personne morale un contrat pour la distribution de ses produits et que le statut de gérant de succursale est reconnu au dirigeant de cette personne, le fournisseur, condamné à payer à ce dernier les sommes qui lui étaient dues en application

de ce statut d'ordre public, auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement, n'est pas admis à réclamer à la personne morale, fût-ce pour partie, le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a effectuées en exécution du contrat de distribution ». Qui plus est, la Cour de cassation poursuit : « L'intérêt d'une bonne administration de la justice justifie, en effet, que la Cour de cassation statue au fond », et outre qu'elle censure l'arrêt d'appel, condamne SFR au remboursement des sommes dont elle avait bénéficié par l'arrêt d'appel.

**4. Rabat d'arrêt.** L'arrêt de 2020 intervient alors sur une question de procédure : en effet, l'avis adressé aux parties en vue de l'examen du moyen relevé d'office auquel fait suite l'arrêt du 11 décembre 2019 ne faisait état que de la possibilité qu'un moyen soit relevé d'office, sans préciser qu'en ce cas, il était envisagé de casser l'arrêt sans renvoi et de statuer au fond sur la demande formée par SFR, de sorte que l'arrêt était entaché d'une erreur de procédure, emportant pour conséquence l'arrêt de 2020 emportant « rabat d'arrêt » et substitution de celui de 2020 sur celui de 2019, ne changeant strictement rien à la solution rendue.

**5. Critique de l'interprétation extensive de l'article L. 7321-2 du code du travail.** On reste, rabat d'arrêt ou non, sidéré par cette solution qui, par sa radicalité, semble vouloir porter un coup très net à toute critique de l'interprétation extensivissime de l'article L. 7321-2 du code du travail. Revenons donc, rapidement, sur l'application de ce texte, qui n'est certes pas en jeu dans l'arrêt étudié mais qui en constitue la toile de fond. J'ai déjà eu l'occasion (*D. Mainguy, « Faut-il brûler le droit de la distribution ? », préc.*), avec d'autres, d'écrire tout le mal que je pensais de l'application de ce texte, qui ne devrait pas, pour des raisons morales, économiques et de logique juridique, avoir été maintenu, mais qui existe, alors qu'il n'existe aucune raison, autre que purement politique, de l'interpréter de manière aussi large qu'il l'est depuis à des contrats de distribution. Récapitulons rapidement. Voici un texte qui est un hommage aux plus belles heures de Vichy, qui, s'il devait être sauvé, le devrait seulement à son objectif de départ, offrir un statut aux veuves de guerre, essentiellement celles de la première guerre mondiale. Voici un texte qui se présente en outre comme l'un des textes de la partie VII du code du travail, qui offre un statut particulier, et d'exception, à des situations qui, manifestement, ne correspondent pas aux standards du droit du travail, journalistes, professionnels du spectacle et de la mode, VRP, et gérants de succursales, et qui se présente de manière particulièrement technique.

L'application de ce texte aux situations dont cet arrêt offre une illustration de son caractère artificiel, forcé et aux conséquences absurdes qui en résultent. La qualification en gérant de succursale vise la personne physique, chargée « par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature » (C. trav., art. L. 7321-2, 1°).

Premier obstacle à l'application au dirigeant d'une société ayant conclu un contrat de distribution : qui est ce « chef d'entreprise » ? Le « chef d'entreprise » en question peut être celui de la société franchisée ou celui de la société « franchiseuse ».

Dans la première hypothèse, par quel mécanisme la même personne, le dirigeant de la société franchisée pourrait-elle être le commanditaire (« le chef d'entreprise ») et le bénéficiaire (« la personne physique ») de la charge de recevoir des clients et rendre des services sauf à proposer un découplage artificiel entre le « chef d'entreprise », personne virtuelle ou symbolique et « la personne physique chargée de (...) par le chef d'entreprise », personne réelle ? On voit bien que ce découplage renvoie, en miroir, au refoulé, presque freudien, de cette série jurisprudentielle : l'existence de la personne morale et le voile qu'elle produit entre le dirigeant et le contractant de la société franchisée. D'où la seconde hypothèse : le « chef d'entreprise » visé dans l'article L. 7321-2 est celui qui charge la personne physique, candidate au statut de gérant de succursale, d'effectuer une série de missions. On voit bien, là, l'origine du texte et la raison de son insertion dans la partie VII du code du travail : il s'agit de situation de mandats ou de contrats d'entreprise (des veuves de guerre chargées de vendre, pour le compte d'autrui des billets de loterie, ou de recevoir des vêtements à nettoyer ou reprendre),

tellement particuliers que la question de l'application des règles du droit du travail s'était (im)posée. Le « chef d'entreprise » est donc un mandant (ici figuré par la société franchiseuse, mais il faudrait l'interpréter comme équivalent à la personne physique chef de cette entreprise franchiseuse) qui « charge » une personne physique, d'effectuer des missions, telle que déterminée, vaguement dans le 1<sup>o</sup>, plus techniquement dans le 2<sup>o</sup> de l'article L. 7321-2. Or, rien, par hypothèse, ne permet de rapprocher cette situation de celle correspondant aux faits de l'espèce comme de bien de celles qui l'ont précédées : le contrat de franchise est un contrat qui ne présente aucun élément de rattachement avec l'article L. 7321-2, 1<sup>o</sup> du code du travail, texte d'exception, d'application stricte, en principe.

**6. Critique d'une application hasardeuse du droit du travail.** On ne peut cependant ignorer la réalité de cette vague jurisprudentielle, mais rien n'interdit de tenter de convaincre les juges de l'opportunité de retenir une solution alternative. Celle-ci se fonde, outre un gain en point Godwin, sur l'impropriété de la solution aux situations juridiques auxquelles elle est imposée, dans la mesure où cette application contourne toutes les règles du droit des contrats ou de la distribution dont l'interprétation, dans des conditions déjà dites et par la même chambre de la Cour de cassation, est, curieusement, plutôt rigoureuse, voire défavorable, en règle générale, aux distributeurs, si on la compare à celle promue dans l'arrêt ici sous étude.

Qu'on nous comprenne bien, il ne s'agit pas d'une attaque idéologique et de principe contre toute ingérence des règles du droit du travail dans les rapports juridiques des contrats d'affaires. Il s'agit simplement d'éviter des applications hasardeuses de règles aux conséquences absurdes : pourquoi pas ne pas élargir les conditions de la fictivité de la personne morale franchisée, celles des conditions de la considération de l'existence d'un contrat de travail, de l'abus du droit de constituer une personne morale, ou quelque technique qui pourrait, effectivement, permettre de sanctionner des situations dans lesquelles l'activité d'un distributeur ne l'est que de manière apparente, sur le fondement de la dépendance économique, du renforcement des critères de validité d'un contrat de franchise, etc. En revanche, l'application presque automatique d'une règle, celle de l'article L. 7321-2, dont on élargit les conditions d'application à grands coups de botte ou de trique, ce n'est pas sérieux.

Il en résulte un effet d'aubaine considérable, imprévisible, irrésistible pour des franchisés (et distributeurs de tous types) et, comme l'arrêt le montre, une situation économique absurde face à une solution inédite qui, pour reprendre la formule percutante de mon excellent collègue Cyril Grimaldi, illustre une formule, celle du « beurre et de l'argent du beurre » (*C. Grimaldi, note sous Cass. com. 11 déc. 2019, préc.*).

**7. Création et attribution artificielles d'une survaleur.** L'argument de la société SFR, qu'elle déclinaît dans ses prétentions sous plusieurs formes, s'organisait autour de l'argument, dit ici sans fard, de la « répétition de l'indu » ou de « l'enrichissement sans cause », par le traitement juridique d'une « survaleur », créée artificiellement. En effet, le dirigeant de la société qui a conclu le contrat de distribution obtient l'application du statut de gérant de succursale impliquant un lien, de travail, direct, entre ce dirigeant et le franchiseur (et parfois des autres salariés). Tout se passe donc comme si le juge considérait que la relation entre le franchiseur et la personne morale franchisée était fictive, alors même que la fictivité de celle-ci n'est pas une condition de l'application de ce statut (*Cass. soc. 13 janv. 2010, n° 09-41.644, D. 2011, p. 550, obs. D. Ferrier, RLDA 2010/52, p. 135, obs. P. Grignon, Cass. Soc., 25 févr. 2009, n° 07-40.371, CCC 2009, n° 132, obs. N. Mathey ; JCP S 2009, 1329, note T. Lahalle*).

Dès lors, en effet, on peut s'étonner de l'existence, à la charge du franchiseur, de la valorisation, par deux fois, de la même prestation, une fois en exécution du contrat de distribution, tout au long de celle-ci, à la personne morale franchisée, et une deuxième fois en raison de la qualification de la situation du dirigeant en gérant de succursale. Le doublon apparaît ici. Le franchiseur verse 100 au franchisé en exécution du contrat de distribution, il est condamné à payer 40 au dirigeant, il a donc versé 140 en contrepartie d'une prestation qui demeure de 100, divisée entre le dirigeant (pour 40) et la personne morale (le reste, 60), son contractant : une survaleur de 40 apparaît, sans fondement juridique, sinon dans l'enrichissement de l'un, corrélatif de l'appauvrissement de l'autre. En effet, les articles L. 7321-1 et suivants ne prévoient pas de « sursanction » de la personne morale

« franchiseur » (et pour cause, ils ne sont pas faits pour cela) par dette de réparation au profit de la personne morale franchisée, qui ne subit d'ailleurs aucun préjudice, ni de sanction pénale ou cryptopénale. Rien, cette survalueur est un artefact juridique et comptable, effet pervers de la négation de la personne morale franchisée. Le franchiseur subit le poids de cette survalueur artificielle et, en l'espèce, avait choisi de demander réparation du préjudice subi, peut-être aurait-il fallu tenter celui de la répétition de l'indu ou l'enrichissement sans cause : à bien des égards la personne morale a réalisé un gain injustifié en recevant des versements, en contrepartie de prestations qui ont ou bien été réalisées par autrui (le dirigeant), mais sans que cette personne morale n'ait eu à supporter le coût de cette « sous-prestation », ou bien ont été à l'origine d'une dette au profit d'autrui via une sorte de stipulation pour autrui hautement tacite, on ne sait.

**8. Surestimation du caractère d'ordre public d'un statut.** Or, la réponse de la Cour de cassation est déconcertante : ce n'est pas le raisonnement juridique retenu par la société SFR et validé par la cour d'appel qui est, simplement, invalidé, les parties étant renvoyées à mieux se pourvoir, quitte, pour la Haute juridiction, à offrir la recette juridique qui lui siérait davantage, ce qui est la technique usuelle de cassation ou de rejet avec substitution de motifs.

La Cour relève d'office un moyen qui ne l'avait pas été par le distributeur et étend, ce faisant, le caractère d'ordre public de l'article L. 7321-2 du code du travail à toute demande *qui ne concerne pourtant pas le gérant de succursale, le dirigeant*. En effet, la demande s'adressait à la personne morale qui demeure, que l'article L. 7321-2 soit ou non appliqué, le partenaire commercial du franchiseur par le biais d'un contrat de franchise (ici) qui n'est en rien modifié ou altéré. Ce contrat n'a pas été « re »qualifié en contrat de travail, c'est d'ailleurs impossible, sauf à imposer la démonstration du caractère fictif de la personne morale. Ce qui est « co »qualifié c'est la position contractuelle du franchiseur (V. supra).

Par conséquent, on ne voit pas bien en quoi le fait que le franchiseur ait été condamné à verser des sommes sur le fondement de ce texte au *dirigeant* (et/ou à ses salariés) de la personne morale franchisée ferait obstacle à une action indemnitaire ou en restitution contre la personne morale elle-même.

Or, c'est très exactement la solution de la Chambre commerciale : « lorsqu'un fournisseur a conclu avec une personne morale un contrat pour la distribution de ses produits et que le statut de gérant de succursale est reconnu au dirigeant de cette personne, le fournisseur, condamné à payer à ce dernier les sommes qui lui étaient dues en application de ce statut d'ordre public, auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement, n'est pas admis à réclamer à la personne morale, fût-ce pour partie, le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a effectuées en exécution du contrat de distribution », et ce, sur le fondement des articles L. 7321-1 à L. 7321-2 du code du travail, entendons le statut du gérant de succursale. Or si le dernier de ces textes en fait un statut d'ordre public, aucun ne traite du sort de la condamnation sur les relations contractuelles entre le franchiseur et la personne morale ; mieux l'article L. 7321-1 dispose que ces dispositions « sont applicables aux gérants de succursales, *dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre* », alors que rien n'est prévu, précisément dans le présent titre. Et on ne voit pas en quoi le statut d'ordre public serait un obstacle juridique à la restitution des sommes demandées autrement que la magie de l'argument d'autorité retenu par la Cour.

Or, l'argument ne convainc pas. C'est donc une sursurinterprétation, ou un « surfaçage » de l'interprétation du texte, qui est retenue ici et qui surprend ou scandalise : à la surinterprétation, politiquement critiquable, mais juridiquement globalement admissible de l'article L. 7321-2 du Code travail s'ajoute la surinterprétation, cette fois sans fondement juridique, de sa portée au-delà du strict cadre dans lequel il s'intègre. Ce d'autant que la demande de restitution est, d'une part limitée aux sommes correspondant à celles versées au titre de ce texte et, d'autre part, n'est pas demandée à la personne physique mais à la personne morale qui réalise un « profit » qui, rétrospectivement, n'a aucune justification comptable ou économique, et se présente comme le pendant d'une « perte », chez le franchiseur, qui n'est guère plus causée. On n'est pas ici dans une situation de jeu à somme nulle,

mais bien dans celle de l'identification d'une survaleur purement artificielle, sans que sa restitution retire quoi que ce soit aux conséquences de l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail. C'est donc bien une forme de « punition » infligée au franchiseur, sans aucun fondement juridique sérieux.

L'interprétation presque sans limite de l'article de l'article L. 7321-2 du code du travail rend, déjà, très fragile, l'organisation d'un réseau de distribution. Les critères de ce texte : fourniture exclusive ou quasi-exclusive de marchandises, dans un local fourni ou agréé, aux conditions et aux paris « imposés », correspondent en effet à la situation de tous, ou presque, les contrats de distribution. Voilà qui offre au distributeur un moyen d'action qui déjoue toutes les prédictions contractuelles, régulièrement formées, dont le juge est en principe le garant, tout en emportant une perte sèche, définitive et irrécupérable, allant au-delà de l'application de la règle (quoi qu'on en pense par ailleurs).

Recueil Dalloz 2013 p. 1222
Faut-il brûler le droit de la distribution ?
Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier
L'essentiel
Banal texte de protection tiré d'une économie de guerre, la loi du 21 mars 1941, devenue l'article L. 7321-2 du code du travail, est devenue un « monstre juridique », susceptible par l'interprétation large, très large même, que la jurisprudence sociale promeut, de remettre en cause tous les équilibres du droit des contrats de distribution puisque, désormais, tous les exploitants d'un point de distribution sont susceptibles de se voir appliquer la « co-qualification » de gérant de succursale. Cette interprétation large est-elle nécessaire alors que nul ne réclame une telle protection ? Le droit de la distribution est-il si pauvre ? Faut-il, donc, brûler, le droit de la distribution ?
<p>1 - En 1986, le professeur Bernard Teyssié publiait un article intitulé « Faut-il brûler le code du travail ? » pour rendre compte de décisions qui parvenaient, <i>via</i> des mécanismes de droit commun des contrats, à détourner les règles spéciales du droit du travail, du licenciement notamment (1), ainsi que pour promouvoir les ressorts du droit du travail.</p> <p>Vingt-cinq ans plus tard, la question inverse se pose : faut-il brûler le droit de la distribution ? Faut-il le brûler face à l'application quasi systématique de certaines règles du droit du travail et notamment de la loi du 21 mars 1941, devenue l'ex-article L. 781-1 du code de travail de 1973, puis L. 7321-1 dans le nouveau code du travail, règles qui sont en mesure de rendre inutile cette branche originale du droit des affaires qu'est le droit de la distribution ?</p> <p>Elles assurent à un distributeur la possibilité de se voir appliquer les règles du droit du travail, quand bien même le contrat qu'il aurait conclu, un contrat de distribution notamment, n'aurait rien à voir avec un contrat de travail. Elles retrouvent depuis quelques années une nouvelle jeunesse. Nouvelle parce que ce texte de 1941 a connu une première vague d'application à compter de 1972 (2), puis une deuxième à la fin des années 1990 et jusqu'en 2001 ; une troisième, peut-être, récemment, à travers une vague importante de décisions, assez souvent de cassation au regard des ratios traditionnels de la Cour de cassation, ce qui montre une certaine distinction entre l'analyse faite par la Cour de cassation et les cours d'appel (3).</p> <p>L'enjeu est de taille : il s'agit en effet de la question de l'autonomie des règles du droit des contrats commerciaux, des rapports entre fournisseurs et distributeurs, ou au contraire leur « soumission » au droit du travail, soit sur le fondement du constat - à démontrer - d'un besoin majeur de protection de ces distributeurs qui ne serait pas assuré par les règles traditionnelles applicables, soit sur celui de l'impérialisme triomphant, aveugle et définitif du droit du travail et de la logique imperturbable de l'autonomie des raisonnements du droit du travail.</p> <p>A s'en tenir à cette situation, il faudrait brûler, donc, quarante ans de droit de la distribution (4). La Commission</p>

européenne s'en était d'ailleurs inquiétée en 2006<sup>(5)</sup> pour stigmatiser le caractère hybride, source d'instabilité juridique majeure, de cette catégorie d'activité. Si, en effet, les salariés économiques indépendants méritent très vraisemblablement un traitement particulier<sup>(6)</sup>, il n'est pas certain, et c'est un euphémisme, que ce traitement implique une défiguration d'autres situations qui leur sont très éloignées ou un élargissement considérable et risqué d'un texte existant, d'écriture maladroite.

2 - Ces règles, insérées dans un titre VIII du livre VII du code du travail intitulé « gérants de succursales », inchangées depuis 1941, ont été légèrement modifiées à l'occasion de la recodification de 2008. Ainsi, l'article L. 781-1 du code du travail imposait une vision particulière de l'application des règles du code du travail à des hypothèses qui n'en relèvent pas : « Les dispositions du présent code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux catégories de travailleurs particuliers ci-après ». L'article L. 7321-1 nouveau le présente de manière différente : « Les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre ». L'ancien texte appliquait le droit du travail à toute situation correspondant à la description fournie ensuite. Le nouveau s'en tient à une catégorie particulière, et originale, celle des « gérants de succursales ». En effet, traditionnellement, l'article L. 781-1 concernait ce que l'on appelait les « gérants non salariés de succursales » et l'article L. 782-2, issu d'une loi du 3 juillet 1944, les gérants non salariés de succursales de magasins d'alimentation, lesquels se voyaient appliquer les conditions du premier ; désormais ce sont deux chapitres distincts, mais l'esprit est identique.

Les descriptions ont également évolué, du moins dans la forme. Le texte nouveau répute « gérant de succursales » toute personne : « 1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° Dont la profession consiste essentiellement : a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ; b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise »<sup>(7)</sup>.

3 - L'un comme l'autre de ces textes sont peu clairs, imprécis et susceptibles d'interprétations variées. L'essentiel de la difficulté consiste en effet en une question majeure d'interprétation.

Il n'est d'abord pas question, en effet, d'ignorer le texte de l'article L. 7321-2 du code du travail ou de proposer une interprétation qui en nierait l'existence ou la portée. Il est en revanche question d'observer, d'une part, que l'interprétation choisie par la Cour de cassation, large ou stricte, dépend de la Cour de cassation elle-même en fonction de la politique judiciaire qu'elle se choisit, et de mesurer, d'autre part, les avantages ou les inconvénients inhérents à une interprétation large, au regard de l'ensemble des dispositions applicables à ces contrats de distribution.

Cette difficulté d'interprétation se présente alors en deux directions. La première est particulière : on peut aisément observer que les termes utilisés par l'article L. 7321-2 sont particulièrement imprécis. La notion de « gérant de succursales » est un exemple d'oxymoron au regard de la notion de succursales en droit des sociétés, le terme « essentiellement » un modèle de standard juridique, les notions de « quasi-exclusivité », de « conditions et prix imposés » particulièrement ambivalentes, etc. Ces imprécisions posent problème pour plusieurs raisons. La valeur, d'abord, de la loi, générale et cardinale en droit français depuis la Révolution française, tant vantée que comparée à l'imprécision de la jurisprudence, est ici contredite de manière magistrale. Surtout, ces textes s'appliquent sous la forme d'exceptions : le principe est celui de la liberté contractuelle, notamment entre commerçants indépendants, de sorte que l'application des règles du droit du travail, droit d'exception par excellence, à des contrats reposant sur ce principe devrait voir s'appliquer un principe d'interprétation stricte, qui n'est guère encouragé par l'imprécision des termes utilisés.

La seconde difficulté d'interprétation est générale en ce sens qu'elle ne dépend pas du texte lui-même, qui est ce qu'il est, que le juge saisit dans sa substance et qui, pour cette raison, dépend de la *volonté du juge*. Maître de l'interprétation et finalement du sens conféré à un texte de loi imprécis, le juge doit ainsi se poser cette question majeure : ces textes ont-ils vocation à s'appliquer de manière stricte, c'est-à-dire à des situations dans lesquelles la relation visée est relativement proche d'une situation de droit du travail, la différence reposant sur un montage à peine habile, voire une fraude, ou bien au contraire de manière large, les règles du droit du travail ayant vocation à s'appliquer à toute situation ressemblant de près ou de loin à la description légale et, en fin de compte, aux impératifs de protection *juridique* d'un opérateur sous domination *économique* ? C'est bien la question de l'impérialisme du raisonnement social qui est en jeu, relativement peu discutée d'ailleurs, sinon par les avocats. Si les applications jurisprudentielles de ces textes sont parfois relevées et commentées, les études doctrinales sont finalement assez maigres et pour l'essentiel explicatives ou descriptives<sup>(8)</sup>.

4 - Or nous voudrions montrer ici à quel point l'application de ce texte est, dans son principe, contradictoire avec les règles du droit applicables aux contrats de distribution comme dans ses modalités. La généralisation de l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail par une interprétation large ne s'impose nullement et elle est même assez récente. Ainsi, la première application importante de la loi du 29 mars 1941 date de 1972<sup>(9)</sup>, mais c'est essentiellement au cours des années 1990 qu'une interprétation large, voire très large, a semblé s'imposer. On peut montrer qu'elle emporte le risque d'une application totale, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'emporter tout les contrats de distribution sur son passage (I), qu'elle ignore les règles propres des contrats de distribution (II) en s'appuyant sur une méthode discutable (III).

I - La généralisation de l'interprétation large de l'article L. 7321-2 du code du travail

5 - On peut observer que la Cour de cassation a, progressivement, retenu la solution la plus large possible de l'article L. 7321-2 du code du travail et l'a généralisée.

Pour résumer le résultat de cette interprétation, la jurisprudence de la chambre sociale aboutit à appliquer à pratiquement tous les contrats de distribution les règles du droit du travail, non point comme une requalification, mais comme une « co-qualification », ou « co-application », quand bien même le distributeur serait une personne morale, sans qu'il soit besoin de démontrer la fictivité de cette personne morale, quand bien même celle-ci exploiterait une pluralité de fonds de commerce et, bien entendu, sans qu'il soit besoin de démontrer que le fournisseur avait choisi d'organiser une fraude au droit du travail par l'organisation d'un tel contrat de distribution. Ainsi, d'un texte finalisé, la Cour de cassation est conduite à ignorer même le texte de la loi, par exemple sur la question de la pluralité de locaux où le texte évoque « un local », voire à écarter tout argument fondé sur l'absence d'exclusivité (10).

6 - La généralisation de l'interprétation de ce texte risque alors d'emporter tous les contrats de distribution. Ainsi, s'agissant des quatre conditions posées par les textes visés, si la Cour de cassation considère, depuis 1988 (11), qu'elles sont cumulatives, elle considère dans le même temps, et notamment depuis une série d'arrêts importants de 2001 (12), que ces conditions sont des conditions suffisantes à son application, en ce sens qu'il n'est point nécessaire de démontrer qu'il existe, par exemple, un lien de subordination entre le fournisseur et le distributeur. Il suffit donc que les conditions posées par l'article L. 7321-2 soient rassemblées, dans la logique d'interprétation large retenue par la Cour, pour qu'une personne physique, se transmute, *ipso facto*, de gérant d'une entreprise indépendante de distribution, en gérant salarié d'une succursale du fournisseur, qu'il s'agisse du dirigeant de la personne morale ou, par itération, d'un salarié de celle-ci.

De même, s'il s'agissait, au départ, d'appliquer ce texte à des catégories particulières de mandataires ou de gérants, comme les dépositaires-vendeurs (13) ou locataires-gérants (14), notamment de stations-service, il s'agit aujourd'hui de l'appliquer à toute une série de contractants, dont le service de portage de journaux (15), la franchise (16), catégorie très visée par cette application, mais, curieusement, sans inquiéter les réseaux de concession ou de distribution exclusive (17), sinon de manière isolée (18), sans doute en raison des choix tactiques des « gérants » de ces hypothétiques « succursales ».

7 - Une telle interprétation, un tel élargissement ne sont pas satisfaisants. En effet, les quatre conditions sont susceptibles d'être satisfaites dans tous les contrats de distribution.

Tous les contrats de distribution sont en mesure d'assurer en effet, au distributeur, l'exercice d'une activité professionnelle particulière. Tous ces contrats contiennent une forme d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, par exemple sous la forme d'un approvisionnement ou d'une fourniture. Tous les contrats de distribution, enfin, « imposent » des conditions de vente ou de services, voire des prix, au sens de l'interprétation de l'article L. 7321-2 du code du travail, c'est-à-dire que des prix simplement conseillés sont considérés comme imposés, quelles qu'en soient les raisons.

Par conséquent, tous les contractants de tous les fournisseurs se trouvent potentiellement dans la situation de conclure un contrat commercial avec un commerçant indépendant, le plus souvent organisé à travers une société commerciale, et de se retrouver dans celle de devoir répondre des obligations d'un employeur, le plus souvent après la rupture du contrat.

Pire encore, que le législateur innove, en identifiant un régime juridique particulier, précisément pour offrir une alternative à celui de l'article L. 7321-2, située entre le salariat et l'entrepreneuriat, comme ce fut le cas du régime de la gérance-mandat (art. L. 146-1 s. c. com.) ; peu importe, la chambre sociale applique l'article L. 7321-2 à ce régime particulier (19). M. Dissaux constate ainsi que « l'application du code du travail aux gérants-mandataires de droit commun a délibérément été exclue en 2005 », mais observe, impuissant, que l'attraction du droit du travail est particulièrement forte, tellement d'ailleurs que la Cour de cassation, certes la deuxième chambre civile, a appliqué en novembre 2012 l'article L. 7321-2 au gérant-mandataire (20), malgré la lettre de la loi elle-même.

8 - Or cette généralité du champ d'application de la règle n'est pas nécessaire, au sens où elle ne s'impose pas du texte lui-même ou de son origine. On oublie parfois un peu vite en effet que, derrière l'article L. 7321-2 ou L. 781-1 du code du travail et leur technique d'identification alphanumérique sérieuse et banale, se cache la vieille loi du 21 mars 1941 : la source légale de ce texte ne relève pas des lois de la République, mais de l'histoire sombre d'un Etat dominé par une devise, « Travail, Famille, Patrie », aux accents nationalistes et paternalistes qui, outre le 1<sup>er</sup> mai, célébrait le droit du travail sous diverses formes, y compris par son application à des situations extérieures à son domaine ordinaire. Elle fut d'ailleurs complétée par une loi du 3 juillet 1944, là encore un moment bien peu opportun pour légiférer. En d'autres termes, quand bien même la loi aurait été codifiée, en 1973, puis recodifiée et modifiée (légèrement) en 2008, c'est bien la même loi, le même esprit qui président à son application, même s'il est en général difficile de mesurer la réalité de l'intention du législateur.

Or cette intention, à la supposer identifiable, reposait, en 1941, sur des circonstances et des objectifs particuliers. Elle avait pour but de renforcer, avec l'état d'esprit de ses auteurs, une loi de 1932 qui, elle-même, visait à protéger la main-d'oeuvre nationale par le bénéfice des avantages sociaux existants. La loi de 1941 avait essentiellement été adoptée pour protéger les veuves de la première guerre mondiale qui vendaient des billets de loterie dans de petites guinguettes, et d'autres petits emplois de ce type, dépositaires d'entreprises de nettoyage et correspondants d'entreprises de transport (21).

Comment donc une loi aux objectifs si spécifiques pourrait-elle avoir pour effet de détruire le droit de la distribution ?

C'est là toute la « magie » de l'interprétation souveraine de la Cour de cassation, de sa chambre sociale tout particulièrement, qui a choisi une interprétation large. Rappelons en effet que l'interprétation d'un texte par une cour souveraine, comme la Cour de cassation, peut être considérée, soit comme un *acte de connaissance*, soit comme un *acte de volonté* (22). Lorsque l'on considère que l'interprétation est un acte de connaissance, on considère que l'interprétation est contenue dans le texte, soit qu'elle résulte de l'exégèse de celui-ci, soit qu'elle se déduit de l'intention du législateur, soit qu'elle repose sur des interprétations scientifiques concordantes. Si tel était le cas, l'interprétation retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation serait une très mauvaise interprétation : appliquer l'article L. 7321-2 du code du travail à une personne physique, à travers une personne morale franchisée par exemple, n'est en rien une expression, même de loin, de l'intention du législateur. En outre, rechercher cette intention du « législateur », celui de 1941, serait pour le moins ambigu. Lorsque l'on considère, au contraire, que l'interprétation est un acte de volonté, on adhère à la logique dite « réaliste » de l'interprétation qui considère que la norme applicable est le résultat d'une interprétation, libre, d'un texte qui est par nature indéterminé et qui lui assure cette détermination normative (23). Peu importe alors le prétendu sens du texte ou la supposée intention introuvable du législateur. C'est donc bien, alors, la *volonté* du juge qui est en jeu, et non un besoin impérieux guidé par des contraintes légales hypothétiques et une sorte de logique imperturbable et irrémédiable. Le franchisé distributeur n'est pas dans la situation de la veuve de guerre qui vend des billets de loterie dans une guinguette, et prétendre que, cependant, les mêmes règles s'appliquent dans les deux cas est bien une question de volonté judiciaire.

9 - L'extension à compter de 1972 (24) à des exploitants de stations-service démontrait l'existence de cette volonté d'étendre l'application de la loi à des situations qui n'étaient pas celles pour lesquelles elle avait initialement été prévue. Ce mouvement n'avait d'ailleurs rien d'isolé : les praticiens du droit de la distribution savent que ces règles ont, précisément, commencé de croître avec les contentieux nés de l'exécution et de la rupture des contrats de pompiste de marque, pour modeler la question de l'indétermination du prix ou celle des clauses d'exclusivité, sur la base de l'article L. 330-1 du code de commerce. Ce mouvement jurisprudentiel n'avait en outre rien d'illégal ou d'exagéré : rien dans la loi de 1941 ne limite son champ d'application à des professions particulières, sinon par la liste d'exemples cités, suffisamment peu explicites cependant pour autoriser une interprétation large. Au pire, pourrait-on faire observer que le texte, d'exception, aurait pu être soumis au principe d'interprétation stricte qu'en général on associe à un texte d'exception.

Il serait intéressant, d'ailleurs, d'observer le résultat d'une tentative d'invalidation de la loi, par exemple par une question préalable de constitutionnalité. Ce pourrait être au regard des origines non républicaines de la loi de 1941, à ceci près, cependant, que le texte de la loi de 1941 a été modifié et introduit par des lois de la République, notamment du fait de l'ordonnance de 2008 qui a modifié le texte original et lui a substitué l'article L. 7321-1 du code du travail. Il reste que ce texte, à la fois dans ses dispositions propres et dans son interprétation, pose une question de validité. En effet, les dispositions législatives assurent une présomption d'identification de personnes physiques exerçant une activité professionnelle au régime des salariés. Or le principe de la liberté d'entreprendre, dont le caractère constitutionnel ne fait pas de doute, pourrait être considéré comme profondément violé par l'application de ce texte. C'est encore plus vrai du fait de l'interprétation large du texte par la Cour de cassation (25).

En effet, le principe de l'application de ce texte suppose que le distributeur ait conclu, sans discuter et sans regretter quoi que ce soit, en commerçant indépendant, le plus souvent à l'abri de l'écran d'une personne morale, laquelle est constituée, le plus souvent là encore, pour des raisons inhérentes aux choix de gestion de ce commerçant. Or l'interprétation large de l'article L. 7321-2 du code du travail aboutit à nier, finalement, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Si donc la question de la validité de l'article L. 7321-2 du code du travail devait se poser, c'est moins la question du texte lui-même qui pose difficulté que l'interprétation proposée par la chambre sociale de la Cour de cassation, eu égard au principe de liberté d'entreprendre, mais aussi au regard d'une logique de sécurité juridique des transactions et de prévisibilité des solutions qui pourrait être considérée, ici, comme bafouée.

10 - Cette question d'interprétation implique, de manière très claire, la rencontre entre les règles du droit des affaires, notamment celles du droit de la distribution, et les règles du droit du travail. En effet, nombre d'activités commerciales sont développées selon des formes et des formules contractuelles relevant des contrats dits de « distribution », selon une grande variété de formules : des formules assez légères, de mandat, de dépôt-vente, de location-gérance, ou bien plus complexes, comme celles relevant de l'approvisionnement ou de la fourniture exclusifs, de la distribution sélective, exclusive, ou de la franchise. Ces contrats sont conclus entre des commerçants, le plus souvent des personnes morales, des commerçants indépendants, parfois organisés en groupes de sociétés. Rien à voir, *a priori*, avec les conditions préalables à l'application des règles du droit du travail impliquant un lien de subordination, un pouvoir de direction, etc. On est donc passé d'une loi qui visait à protéger les vendeuses de billets de loterie à une interprétation de celle-ci qui s'impose dans des contrats liant des commerçants indépendants.

Point n'est besoin de démontrer l'importance économique de ce secteur qui touche pratiquement tous les domaines de la distribution, y compris de la grande distribution. Ces formules permettent en effet de développer un réseau de contrats, autour d'une tête de réseau, commodément appelée au moins ici le « fournisseur », quand bien même ce fournisseur ne « fournit » que des services ou des méthodes de vente, avec des « distributeurs », commerçants indépendants propriétaires de leur fonds de commerce, employeurs de salariés, maîtres de leur logique d'organisation, etc., dans le but de le développer, et de le développer avec des distributeurs, qui sont des commerçants indépendants.

II - L'originalité des règles applicables aux contrats de distribution

**11** - L'interprétation large de l'article L. 7321-2 du code du travail présente un certain nombre de contradictions majeures qui ignorent, non point au sens de la non-connaissance mais en celui de l'écart volontaire, de branches, pourtant considérables, du droit des affaires, dont les règles du droit de la distribution et des sociétés.

A - Le « génie » du droit de la distribution

**12** - Si, dans les années 1970, l'esquisse balbutiante de règles protectrices des distributeurs évincés contre les rigueurs potentielles de l'exercice de la liberté contractuelle, passait, par une sorte de réflexe pavlovien du juriste français, par la recherche de mécanismes d'ordre public et si possible pénalement sanctionnés, *en raison de l'absence de mécanisme protecteur propre au droit des contrats*, il n'en est plus de même aujourd'hui.

Le droit de la distribution et des contrats d'affaires, voire des contrats « tout court », peut être considéré comme une discipline à améliorer, en évolution sans doute, mais une discipline complète, homogène, qui comprend des dispositifs et des techniques abouties de prise en compte de l'ensemble des relations contractuelles, y compris des mécanismes propres de protection du contractant le plus faible, le distributeur en l'espèce, et il n'est pas certain que les praticiens de cette discipline aient besoin du secours du droit du travail, sauf à totalement dénaturer la philosophie et la technique des règles du droit des contrats.

Le fait que la discipline « droit de la distribution » soit, académiquement, difficile à tracer n'y change rien <sup>(26)</sup> : le droit de la distribution est certes une sorte d'amalgame des règles du droit des contrats, de la consommation, de la concurrence et d'un zeste de droit de la propriété intellectuelle, mais est surtout une *praxis* et une réalité économique, envisagées autour de relations contractuelles, simples ou complexes, notamment à travers les logiques des réseaux de distribution. La discipline s'enrichit d'ouvrages <sup>(27)</sup>, de revues, de thèses, d'écoles, dont celle de Montpellier, avec des enseignements, etc. Sans doute ne peut-elle s'enorgueillir d'une ancienneté digne de bénéficier d'études d'histoire du droit, mais elle reste une discipline importante du droit des affaires qui ne peut être balayée d'un revers de main, sans autre justification.

**13** - Dès lors, la question mérite d'être posée : les règles du droit des contrats, appliquées aux situations contractuelles des relations de distribution, ont-elles besoin de l'application, large, de règles du droit du travail pour assurer une protection minimale à certains contractants, les distributeurs ? Il faudrait, pour répondre par l'affirmative, vérifier qu'un besoin de « protection » s'impose, faire l'inventaire de ces règles de protection et constater, soit que de telles techniques de protection n'existent pas, soit qu'elles sont absentes, insuffisantes ou inefficaces.

Or, si la plupart des acteurs considèrent que, bien que ces contrats de distribution soient fondés sur les principes du droit des contrats, donc sur ses fondements traditionnels, faits de liberté, de loyauté et d'équilibre, il demeure qu'un besoin de protection de la partie la plus faible économiquement dans ces contrats ne fait guère l'objet de discussion <sup>(28)</sup> ; c'est une constante du droit français des contrats.

Sur ce constat, l'évolution des règles en droit de la distribution a été considérable et c'est d'ailleurs le sens du développement et de l'intérêt de cette discipline. Le droit de la distribution, discipline composite, articule ainsi tout une série de contraintes, guidées par des intérêts relevant des règles de concurrence, contrainte devenue majeure, ou des objectifs de police économique, avec des logiques de protection. Toute l'évolution du droit de la distribution s'organise autour de réponses à des besoins de protection : protection de la grande distribution naissante contre les fournisseurs et apparition de l'interdiction du refus de vente entre 1952 et 1996 et des discriminations contractuelles jusqu'en 2008, protection des « petits distributeurs » contre la grande distribution dans les années 1970, réglementation de l'urbanisme commercial et enfin, protection des distributeurs contre les fournisseurs dans le domaine de la distribution intégrée, celle des réseaux de distribution, à travers des évolutions législatives et surtout jurisprudentielles.

Cette évolution peut se constater dans l'arsenal législatif. Outre les règles de l'article L. 330-1 du code de commerce sur la durée des clauses d'exclusivité, élargies aux contrats de distribution depuis 1971, on compte également l'article L. 330-3 du code de commerce, règle dite aussi « loi Doubin », dont le développement assure une protection majeure des distributeurs, notamment franchisés, encore renforcée depuis un arrêt du 4 octobre 2011 <sup>(29)</sup>. C'est aussi la question de la rupture des contrats, largement aidée, depuis 2001, par les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce qui, malgré une organisation relativement anarchique, assure les bases d'un contrôle, par exemple de la rupture du contrat à travers la notion de « rupture brutale d'une relation commerciale établie » (art. L. 442-6, I, 5°, c. com.). Tout récemment, la discussion d'un projet de loi visant à réglementer les relations « d'affiliation », notamment dans le secteur de la grande distribution, adopté par l'Assemblée puis par le Sénat en 2011, a été ralenti par les élections présidentielles. Cette évolution s'observe surtout dans les ressources de la jurisprudence, qu'elle soit spécialisée ou généraliste : la jurisprudence spéciale aux contrats de distribution a assuré l'élargissement des règles légales existantes à pratiquement tous les contrats de distribution de manière à embrasser la logique de la « branche » Droit de la distribution au sein du droit des affaires. La jurisprudence générale du droit des contrats, surtout, permet de contrôler des clauses particulières : les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation, les clauses d'exclusivité, les clauses d'agrément en cas de cession de contrat, etc., mais également les situations générales à travers une mesure du contrat, de son économie, de ses excès ou abus, de l'équilibre général du contrat, à travers l'outil dit de « l'exigence de loyauté dans les contrats », à la base des arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* en 1992 <sup>(30)</sup> et 1998 <sup>(31)</sup>, par exemple. Il faudrait un livre complet pour s'expliquer l'origine de cette situation, mais elle est bien connue des spécialistes de droit des contrats et ordinairement développée dans les ouvrages qui lui sont consacrés.

**14** - Il en résulte une jurisprudence plutôt intelligente, équilibrée, qui assure le respect du principe de la liberté contractuelle

dans la prise en compte des éventuels déséquilibres qui peuvent en résulter. En effet, rien n'est figé dans cette matière. Par exemple, il ne sert à rien de stigmatiser un partenaire ou un autre, par exemple les « fournisseurs » contre les « distributeurs », tant les situations sont disparates. Ainsi, les « distributeurs » intégrés, franchisés, concessionnaires, distributeurs sélectifs, méritent-ils une protection particulière. C'est tout l'objet, en premier, du contrôle *économique* réalisé par le droit de la concurrence dont l'importance est devenue considérable depuis les années 1980, sous l'influence communautaire notamment. C'est ensuite l'objet du contrôle contractuel, qui peut être *économique* ou *moral* selon les cas. En revanche, les mêmes « distributeurs » sont à leur tour stigmatisés dans la grande distribution afin de protéger les « fournisseurs ». Mais on s'aperçoit, en étudiant la situation, que certains de ces « distributeurs » vilipendés sont en situation de domination à l'endroit de certaines enseignes de distribution *via* les centrales de référencement. Aucune catégorie certaine, du type de celle opposant « salarié » et « employeur », ne peut donc être utilement retenue, sauf à caricaturer la situation et créer des solutions d'opportunité. Certes des critiques surgissent, parfois radicales, comme celle ayant opposé les tenants du mouvement dit de « solidarisme contractuel », prompts à une analyse du « tout moral », et ses opposants. Le point d'orgue, outre les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* déjà cités, pourrait être un arrêt du 15 janvier 2002 (32) sanctionnant un concédant qui avait mis fin à un contrat en raison des difficultés économiques qu'il connaissait tout en distribuant des bénéfices importants à ses actionnaires. Des aménagements ou des évolutions sont souvent proposés et surgissent en jurisprudence, ce qui est le signe d'une matière vivante, dont le débat *jurisprudentiel* est considéré comme suffisant. En atteste l'échec de la plupart des projets de réglementation particulière depuis les années 1970, sans doute faute de pouvoir se déterminer sur une législation d'ensemble.

A bien des égards, donc, l'ingérence des règles du droit social, si elle devait se généraliser, rendrait sans intérêt les raisonnements du droit de la distribution et inintelligibles les trésors d'imagination qui y sont développés. A quoi sert-il de savoir si la formation du contrat a été loyale, si l'exécution des contrats s'est effectuée de bonne foi, si les clauses rigoureuses retenues dans les contrats de distribution sont valables et équilibrées, si la rupture du contrat est abusive ou brutale, s'il suffit au distributeur d'invoquer l'article L. 7321-2 du code du travail pour obtenir l'application des règles du droit du travail et balayer, d'un coup, tous ces raisonnements, toutes ces précisions ? L'enjeu, en effet, est alors la possibilité d'obtenir, selon la jurisprudence actuelle, l'application des règles du droit du travail : cinq années de salaire, les congés payés, une indemnité de licenciement, etc.

**15** - On peut considérer, au contraire, que la liaison imposée entre droit de la distribution et droit du travail ne relève pas d'un ordre naturel des choses et du droit. Le lien existant entre les règles du droit de la distribution et celles du droit du travail, qui repose sur l'appréciation de la dépendance existant, ou pouvant exister, entre le fournisseur et le distributeur, de manière en effet très différente selon la matière. La dépendance, dans le contrat de travail, est l'essence même de ce contrat, elle est juridique, et prend la forme d'un lien de subordination, présumé. La dépendance économique qui peut exister doit, à l'inverse, être prouvée par le distributeur et s'observe dans des conditions rigoureuses, d'ailleurs rappelée récemment par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 février 2013 : « l'état de dépendance se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise » (33). On n'en tire, du reste, guère de conséquences particulières impératives, et pour cause : les règles de droit font une distinction majeure et *a priori* étanche, entre les logiques des activités commerciales, risquées mais indépendantes, et les activités sociales, de subordination. Qu'un point de rencontre existe pour protéger des catégories particulières, comme ce fut le cas en 1941, ou dans d'autres situations, celles des journalistes, des VRP, notamment, ou en cas de fraude, cela relève du choix du législateur. Autre est l'immixtion généralisée des règles du droit du travail dans un domaine qui n'en n'éprouve pas le besoin.

Nul n'a besoin du renfort, non demandé et non désiré, des règles du droit social, sinon dans le strict domaine qui est le sien.

**B** - La spécificité des principes du droit des sociétés

**16** - La contradiction produite par l'interprétation de l'article L. 7321-2 du code du travail avec les règles du droit des sociétés est tout aussi profonde qu'avec celles du droit de la distribution.

On passera rapidement sur la notion de « succursale » en droit des sociétés. Celle-ci, en effet, se caractérise comme étant un « établissement » dépendant d'un autre, créé pour le même objet et doté d'une certaine autonomie ; la succursale n'a ainsi pas d'indépendance, pas de personnalité juridique propre (34). La logique de la succursale se détermine ainsi par une forme de décentralisation, elle possède son fonds de commerce et son gérant, le « gérant de succursale » qui dispose donc du pouvoir de traiter avec les tiers, les clients, notamment, ou les fournisseurs (35). C'est d'ailleurs l'intérêt, *a priori*, du régime particulier de « gérant-mandataire » posé depuis 2005 aux articles L. 146-1 et suivants du code de commerce (36), par opposition à la situation du gérant salarié.

**17** - Or, précisément, la plupart des situations juridiques dans lesquelles l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail est envisagée sont des situations de contrats conclus entre opérateurs indépendants où le distributeur est un véritable tiers, investisseur et gérant, exerçant son activité à travers une personne morale.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation considère cependant que le fait que le contractant exerce son activité sous une forme sociale n'est pas un obstacle à l'application de ce texte, nonobstant le fait qu'il expose expressément qu'il s'applique aux *personnes physiques*. En effet, la Cour considère que le fait que le contractant soit une personne morale est finalement indifférent. Assez curieusement, la jurisprudence n'exige pas la démonstration que la personne morale soit fictive pour que l'application du texte puisse « bénéficier » à son dirigeant. Plus exactement, cette question constitue une des

difficultés escamotées par le raisonnement judiciaire. Ainsi, la quasi-totalité des décisions assure l'application de l'article L. 781-1 ou L. 7321-2 du code du travail à des personnes physiques alors que le contrat qui en est la cause avait été conclu avec une personne morale, sans pourtant que soit tranchée la question de l'éventuelle fictivité de la personne morale (37), à de très rares exceptions près (38). Un arrêt du 25 février 2009 est d'ailleurs particulièrement explicite : « le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail n'est pas subordonné au caractère fictif de la société » (39).

Or, du point de vue du droit des sociétés, la présentation du problème est très différente dans la mesure où l'écran de la personnalité morale est en principe inviolable, sauf dans quelques hypothèses bien précises posées par la jurisprudence. Outre le fait que la fictivité d'une société doit s'apprécier lors de sa création (40), la preuve du caractère fictif d'une société résultant du caractère artificiel de sa création peut être établie sur la base de faits postérieurs à sa constitution (41), et plusieurs séries d'hypothèses permettent d'envisager la fictivité de la société. La première se rencontre lorsque la personne morale, autre qu'une SARL (société à responsabilité limitée) ou une SAS (société par actions simplifiée) unipersonnelles, sert de masque à l'activité d'une seule personne physique ou morale. Les autres concernent le cas d'une société filiale de façade et celui de sociétés dépourvues d'autonomie et confondues dans une entité unique, qui ne concernent pas les hypothèses visées pour l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail.

Depuis 1985 et la création des sociétés unipersonnelles, EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) puis SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle), la question de la fictivité d'une société est devenue d'une importance nettement moindre. Restent alors les hypothèses dans lesquelles une société est constituée d'un entrepreneur et d'associés de complaisance, l'ensemble organisé avec un montage fait d'apports fictifs et de promesses en blanc de cession des droits sociaux. Une telle société est fictive : elle représente le type même de société fictive (42) et peut-être même une hypothèse d'école dans la mesure où il est assez rare qu'un acte établisse de façon indiscutable une telle situation de fictivité. Dès lors, le juge s'en tient à toute une série d'indices tels que l'absence d'*affectio societatis* (43) ou l'absence de vie sociale réelle (44).

Aucun de ces éléments n'est cependant recherché, et encore moins démontré dans les affaires présentées devant la Cour de cassation sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, alors que la contradiction, pour le moins, entre les règles du droit des sociétés et de droit social est considérable, d'autant plus dès lors que la situation se complique face à une *holding*, par exemple. Ainsi, lorsque la personne dirigeante n'exerce pas la réalité de l'activité (45) ou, pire, lorsque la personne morale contrôle plusieurs points de distribution (46), la chambre sociale de la Cour de cassation considère, dans les deux cas, sur le fondement du caractère *intuitu personae* du contrat de distribution impliquant tant la personne morale que physique, que la réunion des quatre conditions suffisait à justifier l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail. En d'autres termes, la démonstration de la fictivité de la personne morale est inutile dès lors qu'un lien d'*intuitus personae* peut être identifié avec la personne physique, ce qui n'est d'ailleurs pas plus démontré que la fictivité de la personne morale. Or cette interprétation suppose d'abord qu'un tel *intuitus personae* soit identifié et surtout qu'il se décline effectivement d'un *intuitus personae* attaché à la personne morale (*intuitus firmae*) vers un *intuitus personae* attaché aux associés de la personne morale (*intuitus socii*). En droit des contrats et en droit des sociétés, cette question, l'une des plus complexes, n'est pas automatique. Le caractère *intuitu personae* d'un contrat doit être établi et, en principe, il ne se décline pas en *intuitus socii* : le sort des contrôleurs de la personne morale est indifférent à celui du contrat, et réciproquement (47). L'écran de la personne morale est ainsi double : il ne suffit donc pas qu'une personne, associée ou dirigeante de la personne morale, considère que le contrat a été conclu en considération de sa personne, pour que tel soit le cas.

Dès lors, et si ces solutions devaient perdurer, on aboutirait à une solution tout à fait particulière : le contrat, de franchise par exemple, conclu entre la société A et la société B, est susceptible de se voir appliquer les règles du droit des contrats d'une part, mais également du droit du travail, d'autre part, au profit de M. C, dirigeant, associé ou non, majoritaire ou non, de la société B, sans qu'il soit besoin de démontrer le caractère fictif de la société B, ni la fraude qu'aurait commise la société A en recourant à cette technique ou que M. C était considéré, dans le contrat, comme déterminant de son exécution. Pire, au regard de l'article L. 7321-4, les salariés de la société B sont susceptibles également d'être les salariés de la société A sans que personne ne l'ait décidé ni souhaité.

### III - Les limites de la méthode de « co-qualification »

**18** - La loi de 1941 avait pour objectif de permettre l'application du droit du travail à des personnes dont l'activité est, par-delà la nature des liens qui les lient à une autre personne, une activité de salarié.

C'est la raison pour laquelle la question de savoir si la personne en question est commerçante ou non commerçante, immatriculée sur un registre obligatoire ou non, titulaire d'un fonds de commerce ou non, ou qu'elle a conclu un contrat, par exemple de distribution qui ne s'analyse pas en un contrat de travail, est indifférente et non pertinente pour l'application de ce texte.

Il est clair, ainsi, que l'objectif du texte est d'assurer l'application des règles du droit du travail par une logique qui n'est pas réellement celle d'une requalification : il ne s'agit pas de disqualifier une situation contractuelle existante pour la remplacer par une autre situation contractuelle, celle d'un contrat de travail ; ce travail de requalification supposerait que l'on retrouve tous les éléments d'un contrat de travail. Il s'agit plutôt d'une logique de « co-qualification » : la situation contractuelle existante étant ce qu'elle est, il y a lieu d'appliquer, en outre, les règles du droit du travail, dans les conditions posées par le

texte qui suit.

Il n'en demeure pas moins que, pour « co-qualification » qu'elle soit, il s'agit d'une entreprise de qualification et que, par conséquent, elle emporte un bouleversement dans la logique des relations dans la mesure où, par hypothèse, les parties ne l'avaient pas envisagé.

**19** - C'est en ce sens que la question se pose de savoir si ces conditions sont suffisantes ou nécessaires. Par là, on envisage généralement le fait que, si les conditions rassemblées sont « nécessaires » à l'application de ce texte, elles ne sont pas « suffisantes » pour autant qu'un ou d'autres éléments doivent être identifiés. A l'inverse, on peut considérer qu'elles sont suffisantes pour emporter la « co-qualification » posée par l'article L. 7321-2 du code du travail. Pour affirmer que les conditions du texte sont suffisantes, on considère généralement la situation de « dépendance économique » qu'engendre le contrat de distribution. Mais cette question est discutée : la logique de dépendance économique fait en effet partie de ces notions floues, à multiples usages et entendements, qu'il s'agisse des logiques du droit des contrats, du droit de la consommation, du droit de la concurrence ou encore du droit du travail. S'il ne fait guère de doute que certains contrats de distribution créent une dépendance économique entre le distributeur et le fournisseur, notamment en présence d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement au profit du second <sup>(48)</sup>, il n'est pas question de dévoyer la notion de « dépendance économique ». Celle-ci suppose en effet qu'une véritable « dépendance » soit constatée et qu'elle soit économique, et non psychologique ou marketing, et qu'elle soit exclusive de toute alternative économique <sup>(49)</sup>. Bien d'autres contrats ne créent qu'une dépendance apparente : ainsi, le restaurateur franchisé est-il dans une relation contractuellement « intime » avec le fournisseur, mais peut parfaitement exercer son activité hors de cette franchise ; la distribution sélective s'inscrit dans une logique multimarques, sans exclusivité d'approvisionnement, mais plutôt de fourniture : a-t-on vu un fournisseur réclamer (et obtenir) une protection du fait de la dépendance dans laquelle il se trouverait avec son distributeur ?

A confondre, donc, la *dépendance économique* au sens du droit de la distribution, qui doit être démontrée par le distributeur, et la *dépendance économique* du droit du travail, qui repose sur une présomption de *dépendance juridique*, on aboutit à l'effet pervers ici dénoncé. Tout le droit contractuel de la distribution se trouve alors potentiellement dans l'escarcelle du droit du travail. Or c'est exactement la position que la chambre sociale de la Cour de cassation a retenue dans les arrêts du 4 décembre 2001 <sup>(50)</sup>, où elle considérait que le fait que le contrat ne proposait pas de qualification de gérant non salarié ou que le contrat ne faisait pas la démonstration de l'existence d'un lien de subordination était indifférent à l'application de ces textes. En effet, cette interprétation est cohérente avec la logique de « co-qualification » : il ne s'agit pas de considérer que le contrat est en réalité un contrat de travail.

**20** - L'autre conception considère au contraire que les quatre conditions d'application sont nécessaires, mais point suffisantes : il convient en effet d'observer si ces quatre conditions sont rassemblées (là encore par une interprétation stricte ou large) et d'ajouter un élément qui pourrait être celui de fraude ou d'abus.

On peut donc, sans dénaturer le texte de l'article L. 7321-2 du code du travail, considérer que ces dispositions s'appliquent chaque fois que, outre les conditions qu'il pose, le contrat et, plus généralement, le montage contractuel et sociétaire, n'a pour autre but que de dissimuler une situation dans laquelle le distributeur, ou la personne physique chargée de la gestion de la société distributrice, est en réalité à la tête d'un établissement, d'une succursale, et que le montage n'est qu'une fraude à la loi du travail.

D'ailleurs, la Cour de cassation n'hésite pas à considérer qu'un contrat de travail véritable puisse exister entre un fournisseur et les gérants d'une société de distribution, sans passer par le truchement de l'article L. 7321-2 ou de l'ex-article L. 781-1 du code du travail, dès lors qu'est démontrée l'existence d'un lien de subordination <sup>(51)</sup>. Or cette activité de « requalification » suppose bien, cette fois, de ne plus se contenter d'une explication généralisante mais d'entrer dans la réalité de la relation.

Une telle solution ne dénature pas le texte de l'article L. 7321-2 et permet une application efficace et cohérente des règles du droit des contrats : il arrive ainsi que, dans une même affaire, le distributeur, personne morale, engage une action pour obtenir réparation du fait de la rupture du contrat de distribution puis, en cas d'échec de celle-ci, la requalification en contrat d'agence commerciale, puis l'application des dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail au profit de l'exploitant et enfin, de l'article L. 7321-4 pour que les salaires de ses propres salariés soient assumés par le fournisseur.

Il y a en effet une contradiction assez sidérante à considérer le contrat de distribution conclu comme un contrat d'affaires ou comme un contrat soumis aux règles du droit du travail, en fonction des seuls intérêts processuels du distributeur, personne physique actionnaire de la société de distribution. On peut rapprocher cette contradiction du principe de l'*estoppel* récemment consacré par la Cour de cassation, qui implique la mise en oeuvre du principe général selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » <sup>(52)</sup>. L'esprit du principe selon lequel nul ne doit se contredire aux dépens d'autrui est cependant manifeste et identifie une fraude, ou un abus, cette fois par le distributeur, une *opportunité* au sens de l'analyse économique du droit, un effet d'aubaine, qui ne résulte que de l'interprétation choisie par le juge.

**21** - *Faut-il brûler, donc, le droit de la distribution ? Faut-il abandonner les raisonnements du droit de la distribution face au rouleau compresseur social ? Jusqu'où ira l'autonomie de raisonnement du juge social ? Une interprétation large, trop large, de l'article L. 7321-2 du code du travail n'est pas nécessaire au bon équilibre de ce secteur et n'est pas indispensable au bon fonctionnement de la matière sociale. Cet équilibre a pu être établi, sans recours excessif à des dispositifs trop intrusifs. Même les règles de droit pénal ont sensiblement reculé depuis 1986. Il ne s'agit cependant pas d'écarter les règles du droit du travail, soit parce qu'un lien de subordination peut être identifié, soit parce que la règle de l'article L. 7321-2 du code du*

travail est applicable, mais par une interprétation efficace, par exemple par l'identification d'une fraude à l'application de ce texte et la démonstration du caractère fictif de la société constituée par le distributeur. Pour le reste, les juristes du droit de la distribution sont parfaitement aptes à organiser les débats propres à assurer l'équilibre des relations contractuelles dont ils ont la charge et discerner les situations exagérées, scandaleuses ou simplement déséquilibrées.

**Mots clés :**

TRAVAIL \* Gérant de succursale \* Régime légal \* Critique

(1) B. Teyssié (dir. et avant-propos), Faut-il brûler le code du travail ? Propos autour d'un autodafé, Dr. soc. 1986.

(2) Soc. 13 janv. 1972, n° 71-13.234 et n° 71-13.529, D. 1972. 425.

(3) Soc. 20 févr. 2013, n° 11-26.855 ; 5 déc. 2012, n° 11-22.168 et n° 11-20.460, D. 2012. 2970<sup>1</sup>, et 2013. 740, obs. D. Ferrier<sup>2</sup> ; RDT 2013. 101, obs. G. Auzero<sup>3</sup> ; 4 avr. 2012, n° 10-18.154 ; n° 10-25.873 ; 16 févr. 2012, n° 10-23.541 ; n° 10-12.854 ; 15 févr. 2012, n° 10-24.197 ; n° 10-23.561 ; 18 janv. 2012, n° 10-23.921 ; 16 janv. 2002, n° 00-41.487 ; 11 janv. 2012, n° 10-23.821, D. 2013. 740, obs. D. Ferrier<sup>4</sup>.

(4) J.-M. Mousseron *et alii*, Droit de la distribution, Litec, 1975.

(5) COM(2006) 708 final.

(6) Comp. P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapp. à M. le ministre du travail, nov. 2008.

(7) L'art. L. 781-1 concernait : « 1° les personnes qui, dans une entreprise industrielle ou commerciale, sont chargées par le chef d'entreprise ou avec son agrément de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° les personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ».

(8) V. J.-F. Cesaro, Gérants mandataires de succursales, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 4-5 ; N. Ferrier, Contrat de gérance-mandat, J.-Cl. Commercial, fasc. 323 ; Y. Chalaron, Rép. trav., v° Gérants de succursales, 1997, n° 2 ; M.-E. André, Gérants mandataires de succursales, J.-Cl. Contrats distribution, fasc. 1270 ; D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 152 s. ; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Péruzzetto, Droit économique, Lamy, 2012, n° 3647 s. V. cep., J.-M. Mousseron et R. Fabre, La loi du 21 mars 1941 : une loi en expansion ?, JCP 1978, Cah. dr. entr., n° 2, p. 4. En outre, le premier traité de droit de la distribution (J.-M. Mousseron *et alii*, *op. cit.*) consacre quelques toutes petites lignes à cette question (n° 259, p. 206-207). *Adde* : J. Ghestin et P. Langlois, note sur Soc. 24 janv. 1993, n° 89-45.262, D. 1993. 414<sup>5</sup>.

(9) Soc. 13 janv. 1972, préc.

(10) Comp. Soc. 5 déc. 2012, préc.

(11) Soc. 22 déc. 1988, n° 85-44.516, Bull. civ. V, n° 700 : cassation de l'arrêt d'appel car « les époux X... avaient soutenu qu'ils n'avaient pas en fait, la liberté de fixer les horaires de la station, ni ensuite, celle de déterminer les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité dans l'établissement, ni, enfin, celle d'adopter leur propre politique publicitaire ».

(12) Soc. 4 déc. 2001, n° 99-41.265, D. 2002. 1934<sup>6</sup>, note H. Kenfack<sup>7</sup>, et 3007, obs. D. Ferrier<sup>8</sup> ; Dr. soc. 2002. 158, note A. Jemmaud<sup>9</sup> ; JCP 2002. I. 148, n° 20, obs. A. Constantin ; CCC 2002. Comm. 55, obs. L. Leveneur.

(13) V. Soc. 1<sup>er</sup> mars 1973, n° 71-14.783, JCP 1974. II. 17687, note H. Meyzonnade.

(14) Soc. 23 oct. 1968, Bull. civ. V, n° 455.

(15) Soc. 9 oct. 1997, n° 95-43.505.

(16) V. Soc. 4 avr. 2012, n° 10-18.154, préc. ; 4 déc. 2001, n° 99-41.265, préc. ; 8 avr. 1992, n° 89-42.101 (non-application de l'art. L. 787-1) ; Com. 3 mai 1995, n° 93-12.981, D. 1997. 10<sup>10</sup>, note L. Amiel-Cosme<sup>11</sup>, et 57, obs. D. Ferrier<sup>12</sup> ; JCP E 1995. II. n° 748, note L. Leveneur.

(17) Comp. Com. 21 juin 1983, n° 81-16.829, Bull. civ. IV, n° 182 ; Soc. 16 juin 1983, n° 81-40.562, Bull. civ. IV, n° 346 (non-application à un contrat de « concession » conclu avec un locataire gérant de station-service).

(18) Soc. 16 févr. 1983, n° 82-10.224, Bull. civ. V, n° 88.

(19) V. N. Ferrier, Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005, LPA 2006, n° 105, p. 4 ; N. Dissaux, La gérance-mandat : une troisième voie ? D. 2010. Chron. 667<sup>13</sup>.

- (20) Civ. 2<sup>e</sup>, 8 nov. 2012, n° 11-23.638, D. 2013. 740, obs. D. Ferrier  ; Lettre distrib. déc. 2012.
- (21) V. J.-M. Mousseron et R. Fabre, préc.
- (22) V. P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, 2011, n° 112 s. ; D. Mainguy, Introduction générale au droit, LexisNexis, 7<sup>e</sup> éd., 2013.
- (23) V. not. M. Troper, La théorie du droit, le droit, l'Etat, PUF, 2001.
- (24) Soc. 13 janv. 1972, préc.
- (25) V. cep., sur l'interprétation du critère de la « presque exclusivité » et l'autocontrôle de sa propre interprétation par la chambre sociale au regard de l'art. 6, § 1, Conv. EDH : Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.460, préc.
- (26) V. L. Vogel, Droit de la distribution, LawLex, 2011, n° 1.
- (27) J.-M. Mousseron *et alli*, *op. cit.* ; D. Ferrier, Droit de la distribution, *op. cit.* ; J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1998 ; M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, Traité de droit des contrats, les contrats de la distribution, LGDJ, 1998 ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, Sirey, 2012 ; L. Vogel, *op. cit.* ; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *op. cit.*, Concurrence, distribution, consommation.
- (28) V. par ex., F. Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Bruylant, 1996.
- (29) Com. 4 oct. 2011, n° 10-20.956, D. 2011. 3052 , note N. Dissaux , 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki , et 584, obs. D. Ferrier  ; JCP 2012. 135, note J. Ghestin ; RDC 2012. 9, note T. Génicon ; RLDA 2012/98, n° 4876, note D. Mainguy.
- (30) Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 340 ; D. 1995. 85 , obs. D. Ferrier  ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre .
- (31) Com 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 27 ; D. 1999. 9  ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre , et 646, obs. P.-Y. Gautier .
- (32) Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, D. 2002. 1974 , note P. Stoffel-Munck , et 2841, obs. D. Mazeaud  ; RTD civ. 2002. 294, obs. J. Mestre et B. Fages  ; Chronique droit de la distribution, Cah. dr. entr. 2002/5, p. 20, obs. D. Mainguy.
- (33) Com. 12 févr. 2013, n° 12-13.603, D. 2013. 494 .
- (34) CJCE 6 oct. 1976, aff. 14/76, *De Bloos c/ Bouyer*, Rec. CJCE 1497 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 1979, n° 77-13.566, Bull. civ. I, n° 65 ; JCP 1979. II. 19147, concl. Gulphe.
- (35) CJCE 22 nov. 1978, aff. 33/78, *Somafer SA c/ Saar-Ferngas AG*, Rec. CJCE 2183. V. M. Cabrillac, Unité ou pluralité de la notion de succursale, *in* Mélanges Hamel, 1961, p. 131.
- (36) V. N. Ferrier, Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005, préc., et La gérance-mandat : une troisième voie ?, préc. V. *infra*.
- (37) Soc. 5 déc. 2012, n° 11-22.168, préc. ; 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-40.033 ; 13 janv. 2010, n° 09-41.644, D. 2011. 550, obs. D. Ferrier  ; RLDA 2010/52, p. 135, obs. P. Grignon ; 25 févr. 2009, n° 07-40.371, CCC 2009. Comm. 132, obs. N. Mathey ; JCP S 2009. 1329, note T. Lahalle ; 21 févr. 2007, n° 06-41.614, CCC 2007. Comm. 120, note M. Malaurie-Vignal ; RLDA 2008/24, n° 1490, obs. P. Grignon ; 4 avr. 2007, n° 06-42.932, RLDA 2008/24, n° 1490, obs. P. Grignon.
- (38) Soc. 16 janv. 2002, n° 00-41.487 ; 16 juin 1998, n° 95-44.109, imposant au demandeur de démontrer le caractère fictif de la société.
- (39) Soc. 25 févr. 2009, n° 07-40.371.
- (40) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 oct. 1978, n° 77-13.884, JCP 1979. IV. 7.
- (41) Com. 13 oct. 1998, n° 96-10.293, Bull. July 1999. 58, note Serlooten ; BRDA 1998, n° 20, p. 7 ; RJDA 1998, n° 1360.
- (42) Com. 10 oct. 1953, S. 1954. I. 149 ; 2 janv. 1967, Bull. civ. III, n° 1.
- (43) Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1976, n° 74-10.119, D. 1977. 619, note P. Diener.
- (44) Com. 21 mai 1963, Bull. civ. III, n° 245 ; 30 oct. 1967, Bull. civ. III, n° 346.
- (45) Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-40.033, préc.
- (46) Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 08-45.223.
- (47) V. D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, Rev. soc. 1996. 17  ; C. Priéto, La société contractante, PUAM, 1995, spéc. n° 526.

(48) V. Com. 3 mars 2004, n° 02-14.529, D. 2004. 1661 , note Y. Picod , et 874, obs. E. Chevrier  ; RTD com. 2004. 463, obs. E. Claudel  : « l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce » ; *Adde* : V. A. Ronzano, Clauses de rendement et contrat-cadre de distribution, JCP E 1996. I. 535.

(49) V. *supra*, n° 13.

(50) Soc. 4 déc. 2001, préc.

(51) V. Crim. 25 juin 2002, n° 01-86.388 ; Soc. 16 janv. 2008, n° 07-40.055, D. 2008. 477, obs. E. Chevrier  ; 27 mars 2008, n° 07-42.102 ; 8 juin 2010, n° 08-44.965, D. 2011. 550, obs. D. Ferrier  . V. curieusement, 6 juin 2007, n° 06-42.951, qui rejette la requalification en droit du travail mais sans chercher à retenir l'application de l'art. L. 781-1. Comp. T. Revet, La force de travail, étude juridique, préf. F. Zénati, Litec, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992, n° 160<sup>os</sup> s.

(52) V. C. Maréchal, *L'estoppel* à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit, note ss Com. 20 sept. 2001, n° 10-22.888, D. 2012. Chron. 167  .