

## CHRONIQUE DE DROIT DE LA DISTRIBUTION

**Daniel MAINGUY**, *Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, Avocat*  
**Jean-Louis RESPAUD**, *Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier*  
**Stéphane DESTOURS**, *Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier, Avocat*

La présente chronique couvre la jurisprudence de l'année 2017 avec une forte croissance de décisions intéressantes, après l'adoption de la réforme du droit des contrats, sans manifestation probante de son influence, pour l'instant, toutefois, au contraire d'autres logiques du droit des contrats marqués par des revirements de jurisprudence fondés sur une application anticipée, voie immédiate, de la réforme de 2016. On retiendra, en revanche, les solutions rendues en matière de rupture des contrats, notamment en ce qui concerne les questions relatives à la compétence juridictionnel, notamment du point de vue du caractère contractuel ou extracontractuel de la sanction proposée par l'article L. 442-6, les évolutions des relations entre distribution sélective et distribution numérique, celles sur les déséquilibre significatif, entre autres.

### I - LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

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

**1) Information précontractuelle.** Depuis l'entrée en vigueur de la « loi Doubin » de 1989, intégrée au Code de commerce (C. com., art. L. 330-3), l'idée qu'il serait devenu aisé d'obtenir l'annulation d'un contrat entrant dans son champ d'application, en pratique un contrat de franchise, simplement parce que la loi prévoit des obligations précontractuelles d'information précises, s'est évanouie. A bien des égards d'ailleurs, il n'est pas certain que la réforme du droit des contrats n'y apporte, sauf peut-être sur le terrain de la preuve de l'exécution de cette obligation, ce qui serait déjà beaucoup (C. civ., art. 1112-1). Par exemple, s'agissant de la fourniture d'informations anciennes sur le réseau, qui ne sont pas dénuées d'intérêts ne serait-ce que pour mesurer son importance, la quantité de départ ou de faillites (*Comp. Cass. com.*, 3 avr. 2012, n° 11-16.303) et d'arrivées, etc., et d'absence d'information sur le marché local, expressément prévue dans l'article R. 330-1 C. com., la Cour continue de considérer que le défaut d'information ne peut emporter l'annulation du contrat qu'en cas de démonstration d'un dol (*Cass. com.* 8 juin 2017, n°15-29093). Notons que l'arrêt censure la décision d'appel qui avait annulé le contrat sur ce fondement, mais également parce qu'il avait considéré que, faute d'établissement pilote, aucun savoir-faire n'avait pu être transmis, alors que le franchiseur prétendait avoir assuré des sessions de formations à ce savoir-faire, ce dont il résulte qu'un établissement pilote, donc un savoir-faire expérimenté personnellement par le franchiseur n'est pas une condition de validité du contrat de franchise (*Comp. N. Dissaux, L'essai en matière de franchise : RTD com.* 2015, p. 403). Ajoutons en outre qu'il en serait différemment si le franchiseur s'était engagé à fournir certaines de ces informations (*Cass. com.*, 3 nov. 2016, n° 15-24.886). Les choses sont plus complexes dès lors qu'est fourni un « bilan prévisionnel » laudateur au franchisé. Après l'affaire de « l'erreur sur la rentabilité », rendue sur le fondement de l'ex-article 1110 du Code civil, l'arrêt du 4 octobre 2011 et celui du 17 mars 2015 (*Cette chron. JCP, E*, 2017, 1079 n°1) qui n'exigeait plus, dans la même affaire, lorsqu'un bilan prévisionnel était fourni, que celui-ci soit sérieux (car le distributeur « avait été déterminé à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié »), la saga en la matière ne manque pas prospérer. En pratique, en effet, il est fréquent, pour ne pas dire ordinaire, que le fournisseur, un franchiseur le plus souvent, fournisse un bilan prévisionnel, quand bien même celui-ci ne fasse pas partie des exigences des articles L. 330-3 ou R. 330-1 du Code de commerce, ne serait-ce que pour rassurer banquiers ou associés de la société franchisée. Un arrêt du 13 septembre 2017 (*Cass. com.* 13 sept. 2017, n°15-19.740)

s'inscrit pleinement dans cette série. En l'espèce, il s'agissait d'une situation de « master franchise » où une « sous-franchise » avait été conclue avec un « sous-franchiseur » par un « sous-franchisé » qui invoquait une différence, qui semble minime à première vue, entre le prévisionnel communiqué (redevances prévues à hauteur de 4% du CAHT contre 6 % dans le contrat, un loyer minoré de 20.000 €, 46.000 € annuel annoncés, contre un loyer réel de 66.000 € annuel). L'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis qui n'avait pas annulé le contrat est censuré : « *si les comptes prévisionnels ne figurent pas dans les éléments devant se trouver dans le document d'information précontractuelle, ils doivent, lorsqu'ils sont communiqués, présenter un caractère sérieux* ». N'est donc pas sérieuse une présentation comportant des erreurs grossières, même si elles ne révèlent pas une différence manifestement exagérée.

**Daniel Mainguy**

**2) Rupture d'un contrat de distribution.** Comme chaque année depuis très longtemps, la Cour de cassation croule sous les pourvois fondés sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, pour rendre des décisions d'inégale importance, alors que pointe, d'une part, la concurrence avec le régime général, revitalisé, de la rupture des contrats, à durée déterminée ou indéterminée (C. civ., art. 1211, 1226) et d'autre part la concurrence avec des textes spéciaux relatifs à l'indemnisation de rupture de contrats particuliers, pour faire prévaloir ces derniers, dans le cas de la rupture d'un contrat d'agence commerciale, par exemple (*Cass. com. 18 oct. 2017, n°15-19531, Cass. com. 8 nov. 2017, n°16-15262, sur une question de compétence territoriale*), des rapports entre coopérateurs et coopérative (*Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-18864, 8 févr. 2017, n°15-23050*) ou encore du non renouvellement de contrats de crédit (*Cass. com. 25 oct. 2017, n°16-16839*). Plus complexe, ou plus factuelle, est l'appréciation de la notion de « relation commerciale établie », au-delà cependant du support contractuel de celle-ci. Classiquement, une exigence de stabilité est exigée, laquelle ne se réduit pas par exemple à des successions de travaux de sous-traitance, même durant plusieurs années, dès lors que ces marchés étaient systématiquement précédés d'une consultation, ressemblant à une formule d'appel d'offres (*Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-15138*). Aussi factuelle est la question de la rupture partielle d'une relation commerciale établie, notamment dans le cas d'une diminution de commande par un acheteur à l'endroit de son fournisseur, alors que l'acheteur n'a pris aucun engagement de volume et qu'il subit une baisse de son chiffre d'affaires et une hausse du prix du fournisseur (*Cass. com. 8 nov. 2017, n°16-15285 ; V. aussi Cass. com., 23 janv. 2007, n° 04-16.779 : JCP E 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy*). Il demeure toutefois assez curieux que le contentieux continue de se maintenir avec autant d'assiduité, comme si l'invocation de l'article L. 442-6 du Code de commerce se présentait en une sorte de recette thaumaturge à la résolution d'un contentieux relatif à la rupture voire d'une sorte de catalyseur synthétisant automatiquement toute demande fondée sur une rupture de contrat (*comp. pour un rejet de toute confusion : Cass. com. 27 sept. 2017, n°16-14309*), alors même qu'il ne s'agit que d'obtenir quelques dommages et intérêts réparant quelques semaines ou mois de préavis non respectés, pour autant qu'il doive l'être d'ailleurs, par exemple dans la situation où la rupture est la réponse à une inexécution préalable (*Cass. com. 8 nov. 2017, n°16-15296*). De même en est-il de la question de la forme du préavis : doit-il s'agir d'une sorte de notification, dans le même esprit que dans les nouvelles règles du droit des contrats ou bien le point de départ de la rupture s'apprécie-t-il en fonction des circonstances ? La Cour semble s'en tenir à la deuxième hypothèse du moins à la lecture d'une espèce où, à la suite d'une information reçue sur une hausse de prix d'un fournisseur, l'acheteur avait répondu en annonçant qu'il pourrait cesser ses commandes, mais sans que la Cour d'appel ait pris soin de vérifier si les commandes avaient véritablement cessé (*Cass. com. 25 octobre 2017, n°15-24060*).

Plus difficile est la question de l'indemnisation du préjudice subi, au-delà de la

technique comptable choisie, entre marge brute ou nette, par la victime de la rupture. D'ailleurs, celle-ci subit-elle par nature un préjudice ? Comment considérer la situation d'un contractant qui, après l'annonce de la rupture sans préavis ou avec un préavis insuffisant, retrouve une activité, voisine ou distincte, qui lui permet de reconstituer partiellement ou totalement son chiffre d'affaires ? C'est là une question redoutable, bien connue en droit de la concurrence déloyale, et où la Cour de cassation ne limite pas la considération du préjudice à la seule baisse de profit, mais tient compte de la perte d'un avantage concurrentiel ou de l'atteinte à une image de marque par exemple pour identifier des chefs de préjudice spécifiques. Un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2017 illustre cette difficulté (*Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-12785*) dans laquelle, précisément, l'auteur d'une rupture reprochait à une Cour d'appel de l'avoir condamné alors même que son partenaire avait trouvé des « situations équivalentes » (pour reprendre le vocabulaire propre à l'abus de dépendance économique) reconstituant son activité et son chiffre d'affaires. A bien des égards, en droit des contrats tout au moins, le préavis assume la fonction de permettre à celui qui subit une rupture de disposer des moyens de sa reconversion ; c'est d'ailleurs ce qui justifie que l'auteur de la rupture n'assume ni obligation de permettre la reconversion du partenaire, ni obligation de motivation (mais comp. C. civ., art. 1126, al.4), ni obligation d'indemnisation du fait de la rupture. Il faudrait alors considérer d'une part que l'article L. 442-6, I, 5° C. com. s'inscrit dans les règles du droit des contrats, commun ou plus sûrement spécial, et d'autre part que l'absence de préavis, au sens de ce texte, n'est indemnisée qu'en fonction de l'absence de reconversion effective (comp. O. Deshayes, « *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie* », *RLDA 2010, n°51*). Toute autre est la solution retenue par la Cour de cassation : « *le préjudice résultant d'une insuffisance de préavis devait être évalué en considération de la durée du préavis jugé nécessaire et (qu'il) n'y avait pas lieu de tenir compte des résultats d'exploitation de la victime au cours de la période considérée* » (*Comp. Cass. com. 6 nov. 2012, n°11-24570, CCC 2013, n°9, obs. N. Mathey, RLDA 2013, n°4533, note C. Mouly-Guillemaud, 9 juill. 2013, n°12-20468, CCC 2013, n°299, obs. N. Mathey*). En d'autres termes, la sanction, indemnitaire, de l'article L. 442-6, I, 5° est autonome, spécifique, solution qui pose difficulté si on considère que ce texte est concurrencé par l'article 1211 du Code civil qui propose une règle de droit commun qui ne semble pas supposer cette spécificité mais au contraire intègre le droit commun de la réparation. Par ailleurs, dans la mesure où la Cour considère qu'une situation particulière, par exemple de dépendance économique (Cf. *Cass. com. 4 juill. 2016, n°15-14025*), peut emporter une indemnisation supérieure, pourquoi ne pas considérer qu'une situation particulière inverse puisse emporter sa réduction ? La question mérite d'autant plus d'être posée que la Cour, le même jour, dans une situation où des relations informelles s'étaient maintenues entre les parties, notamment du fait de livraisons correspondant à des commandes antérieures, a validé le rejet de l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'absence de préavis (*Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-20848*). Sans doute la situation est ici différente et pourrait s'analyser en une préavis tacitement réalisé, compensant l'absence de préavis formellement reconnu ; il demeure que le principe selon lequel le préjudice peut s'apprécier à la baisse, en fonction de circonstances particulières, semble retenu.

**Daniel Mainguy**

**3) Rupture d'un contrat de distribution, contexte international.** Depuis déjà quelques chroniques (*JCP, E, 2013, 1200, n°2, 2009, 1479, n°4, 2008, 1638, n°3 ; adde D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », D. 2011, p. 1495, C. Nourissat, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement*

*d'une frontière sur la nature de l'action* », *RDLA* 2007, p. 67), nous suivons la question, lancinante, de la distinction, en jurisprudence, opérée par la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation sur la question de la nature de la responsabilité associée à la mise en œuvre de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La répartition des compétences entre les chambres conduit, globalement, à ce que la chambre commerciale assure le contrôle des décisions rendues en matière interne, tandis que la première chambre civile s'attache à celui des contrats internationaux. La chambre commerciale décidait régulièrement que le régime de responsabilité associé à la rupture d'une relation commerciale établie, quelle qu'en soit la nature, notamment un contrat de distribution, est de nature délictuelle (*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. com.* 21 octobre 2008, n°07-12.336, *JCP E* 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; *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.*, 21 sept. 2010, n° 09-15.716, – *Cass. com.*, 18 janv. 2011, n° 10-11.885, *Cass. com.*, 4 oct. 2011, n° 10-20.240). Il en résulte que toutes les clauses, notamment celles relatives au litige, sont écartées : clauses attributives de compétence, clauses pénales, clauses compromissaires, etc. Toutefois, dans un contexte international, la première chambre civile retient la solution inverse : la responsabilité est de nature contractuelle, de sorte que les clauses relatives au litige doivent être respectées (*Cass. civ. 1ère*, 6 mars 2007, n° 06-10.946, *D.* 2007. 951, obs. E. Chevrier ; *JCP E.* 2008. 1638, obs. D. Mainguy, *Cass. civ. 1ère*, 22 oct. 2008, n°07-15.823, *D.* 2009. 200, note F. Jault-Seséke, 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.*, 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). Souvent est associée à cette question celle de savoir si l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce peut être considéré comme une loi de police. Outre que cette question n'est pas tranchée (et comment le serait-elle, ce texte est très loin des critères traditionnels de détermination des lois de police), mais parfois évoquée, comme indifférente d'ailleurs (*Comp. Cass. civ. 1ère*, 22 oct. 2008, *préc.* : « (...) la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige (...)»), ce serait globalement sans effet sur la question de la compétence du juge. D'ailleurs, dans une espèce mettant en jeu une pluralité de contrats (internationaux) comportant des techniques distinctes de traitements des litiges, la Chambre commerciale a considéré qu'une clause attributive de compétence, applicable pour certains de ces contrats, ne pouvait s'opposer aux logiques de la spécialisation des juridictions posée par l'article D. 442-3 C. com., mais qu'en présence d'une clause compromissoire, applicable pour un autre, celle-ci devait prévaloir (*Cass. com.*, 1er mars 2017, n°15-22675, *JCP G* 2017, 406, note D. Mouralis ; *CCC* 2017, n°99, note M. Malaurie-Vignal). La logique des règles du droit de l'arbitrage est implacable ; elle l'est tellement d'ailleurs que la Cour, dans sa formation commerciale et donc pour une situation interne, avait retenu la même solution dans un litige opposant un fournisseur et une centrale de référencement à propos de la rupture d'un contrat de fourniture de produits à marque distributeur : « après avoir rappelé que les articles L. 442-6 et D. 442-3 du Code de commerce ont pour objet d'adapter les compétences et les procédures judiciaires à la technicité du contentieux des pratiques restrictives de la concurrence, et que la circonstance que le premier de ces textes confie au ministre chargé de l'économie et au ministère public une action autonome aux fins de protection du marché et de

la concurrence n'a pas pour effet d'exclure le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés, entre les opérateurs économiques de l'application de l'article L. 442-6, la cour d'appel en a justement déduit que l'action aux fins d'indemnisation du préjudice prétendument résulté de la rupture de relations commerciales n'était pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques ; Et attendu qu'ayant relevé que la généralité des termes de la clause compromissoire traduisait la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée, la cour d'appel en a souverainement déduit que le tribunal arbitral était compétent » (*Cass. com. 21 oct. 2015, n°14-25.080, JCP E 2016, 1138, note R. Kaminsky et J. Rozier ; D. 2015, p. 2537, note N. Dissaux*).

Dans ce contexte brouillé, s'opposent une logique de mise en valeur des juridictions françaises et de l'article L. 442-6, I, 5° C. com., comme de l'ensemble des règles en matière de pratiques restrictives de concurrence d'ailleurs, et celle du respect des engagements internationaux de la France où, dans des situations internationales, des entreprises étrangères entendent bien que les règles internationales soient respectées, en matière de conflit de lois ou de juridictions. Or, ces règles internationales supposent le respect des clauses contractuelles identifiant une loi et/ou une juridiction désignées par contrat et, par conséquent, quelle que soit la considération, purement interne, de la nature de la responsabilité associée à la mise en œuvre de ce texte complexe, même si la logique du droit français des contrats et de la responsabilité conduit à retenir plutôt un régime de responsabilité contractuelle. D'où la tentation d'une forme d' « évasion concurrentielle » par des entreprises qui, précisément pour se soustraire aux règles internes, peuvent être tentées de « délocaliser » leur siège hors de France, en insérant des clauses de loi applicable dans le pays d'accueil et des clauses de compétence compatibles dans des contrats conclus avec des entreprises françaises. On voit la difficulté : une entreprise étrangère « ordinaire » qui procéderait ainsi ne ferait qu'user des libertés offertes par des règles internationales. La victime française d'une rupture devrait alors saisir la juridiction étrangère qui appliquerait la loi étrangère, sauf à ce que l'article L. 442-6 C. com. soit considéré comme une loi de police (mais qui serait une loi de police étrangère pour la juridiction compétente).

Ajoutons que la CJUE avait, dans un arrêt du 14 juillet 2016 (*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*), considéré que « 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, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier ». Il suffit donc que la rupture brutale soit celle d'une relation *contractuelle* établie, même *tacite*, pour que la responsabilité soit de nature contractuelle, tandis que si la relation commerciale établie n'est pas fondée sur une telle relation contractuelle tacite, la nature de la responsabilité est de nature délictuelle. On mesure bien que ce qui reste d'enjeu repose sur la nature de la responsabilité dans les relations fondées sur un ensemble simple de ventes successives : sont-elles, ou non, fondées sur un encadrement tacite. Les premiers échos en France n'ont pas tardé. Ainsi, le 18 janvier 2017 la chambre commerciale, dont la jurisprudence était bouleversée par l'arrêt *Granarolo*, considérait que « 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 » (*Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janv. 2017, n°15-26105*). Puis, la jurisprudence s'est adaptée, sur le terrain de la loi applicable et sur celui du juge compétent. L'arrêt de la

chambre commerciale du 21 juin 2017 (*Cass. com. 21 juin 2017, n°16-11.828*) s'inscrivait dans cette logique : trois accords successifs à durée déterminée de distribution exclusive s'étaient succédé et à l'échéance du dernier, le fournisseur hollandais avait indiqué au distributeur français qu'aucun renouvellement n'était envisagé. Le distributeur avait invoqué l'application de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. devant le juge français, critiqué par le fournisseur qui reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir appliqué la loi française et reconnu la compétence du juge français, arguments retenus par la chambre commerciale, sur le fondement de l'article 3 du Code civil : « 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 ». Dans un deuxième temps, l'arrêt du 5 juillet 2017 (*Cass. com. 5 juill. 2017, n°16-13862*) opposait, à nouveau, un distributeur français subissant la rupture d'une relation contractuelle conclue avec un fournisseur allemand l'avait assigné devant un juge français, et ce, malgré une clause attributive de compétence au profit d'un juge allemand. La chambre commerciale rejetait le pourvoi contre l'arrêt d'appel qui avait décliné la compétence des juges français dans une solution d'espèce, dans laquelle elle considérait que « (...) les termes de la clause attributive de juridiction incluent tous les litiges découlant du rapport contractuel », de sorte que la cour d'appel avait pu juger que les « litiges relevaient du rapport de droit déterminé par la clause » et donc qu'elle s'appliquait à l'action en responsabilité fondée sur la rupture brutale de la relation commerciale. L'arrêt n'est pas en encore de nature à permettre de considérer que la jurisprudence qui prévalait, dans les situations contractuelles internes, est renversée dans la mesure où l'arrêt du 5 juillet 2017 (*Comp. en matière de référé, Cass. com. 13 sept. 2017, n°16-13062*), notamment, et quand bien même il émane de la chambre commerciale de la Cour de cassation, s'inscrit dans un contexte international d'une part et, d'autre part, il est fondé sur la logique de la prorogation de compétence telle qu'elle résulte de l'article 23 du Règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000, alors que la Cour d'appel avait interprété les faits et la clause attributive de compétence comme relevant « du rapport de droit déterminé par la clause ».

Plus probante est la réception formelle de l'arrêt *Granolaro* de la CJUE du 14 juillet 2016 (préc.), par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 20 septembre 2017 (*Cass. com. 20 sept. 2017, n°16-14812*) qui reprend, en l'exploitant largement, la formule retenue : « 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 ». Les relations, ici internationales, n'étaient pas établies sur un contrat de distribution, mais sur une pure « relation d'affaires », c'est-à-dire une succession régulière de ventes de marchandises, sur la base de conditions générales de vente du vendeur. Or, la césure entre les régimes de responsabilité de l'article L. 442-6 C. com. aurait pu passer

par la frontière entre les relations fondées sur un contrat et celles sur un ensemble de contrats successifs, césure que semble éradiquer la chambre commerciale dans cet arrêt. Pour autant, il ne faudrait pas en conclure, rapidement, que tous les litiges fondés sur l'article L. 442-6 du Code de commerce impliquent un régime de responsabilité contractuelle : tout dépend, si on élargit la formule de l'arrêt *Granolaro* reposant sur l'existence d'un « contrat tacite », si une telle situation se retrouve ou non, ce qui n'est en général pas le cas de bien d'autres cas, comme celui de l'article L. 442-6, I, 6° C. com. (*Comp. infra*, n°7). Encore ces décisions ne se prononcent que dans des litiges internationaux, quand bien même elles émaneraient de la formation commerciale de la Cour de cassation : il convient de savoir quelle solution elle retient pour des litiges internes.

**D. Mainguy**

**4) Rupture d'un contrat de distribution : modification des conditions contractuelles pendant le préavis.** – Par un arrêt en date du 10 février 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait considéré que « (...) *sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures* » (*Cass. com.*, 10 févr. 2015, n° 13-26.414, *JCP E* 2015, 1128 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, *comm.* 89, *N. Mathey* ; *JCP E*, 2013, 1079, n° 5, *obs. J.-L. Respaud*). Rappelons que le fournisseur avait mis fin à l'exclusivité territoriale dont bénéficiait le distributeur pendant la période de préavis. La question posée était la suivante : le respect de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoyant un préavis suffisant pour la rupture d'une relation commerciale établie suppose-t-il le maintien de ladite relation aux conditions antérieures ? La réponse était donc positive : le respect du préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures. La Cour avait toutefois énoncé une réserve, « *sauf circonstances particulières* » (*Cass. com.*, 10 févr. 2015, *préc.*). Que fallait-il entendre ? Une faute du distributeur ou encore des circonstances économiques graves (*en ce sens*, *N. Mathey*, « *L'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures* », *Contrats, conc. consom.* 2015, *comm.* 89, *préc.*). Mais ces circonstances particulières peuvent-elles résulter des dispositions contractuelles ? Autrement dit, le contrat peut-il prévoir que durant le préavis il pourra être substantiellement modifié ? (*CA Paris*, pôle 5, ch. 10, 9 nov. 2016, n° 15/10249 ; *V. dans le même sens*, *CA Paris*, pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2016, n° 13/11338 : *JurisData* n° 2016-000520 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, *comm.* 97, *N. Mathey* ; *JCP E*, 2013, 1079, n° 5, *obs. J.-L. Respaud*). Par deux arrêts, la Cour d'appel de Paris avait répondu affirmativement à cette question (*CA Paris*, pôle 5, ch. 10, 9 nov. 2016, n° 15/10249, *V. dans le même sens*, *CA Paris*, pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2016, n° 13/11338 : *JurisData* n° 2016-000520 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, *comm.* 97, *N. Mathey* ; *JCP E*, 2013, 1079, n° 5, *obs. J.-L. Respaud*). Il pouvait sembler que pareille approbation n'était pas conforme à l'utilité escomptée du préavis requis par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. En effet, selon la formule consacrée, le préavis doit être « *propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion* » (*Cass. com.*, 6 mai 2002, n° 99-14.093 : *JurisData* n° 2002-014206 ; *Bull. civ. IV*, n° 81 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, *comm.* 134. *V. à propos de cet arrêt*, *J.-L. Respaud*, « *Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé* » : *CDE* 2002/5, p. 19. - *Cass. com.*, 5 oct. 2004, n° 02-17.338 : *JurisData* n° 2004-025096 ; *Bull. civ. IV*, n° 181 ; *JCP E* 2014, 1063. - *V. à propos de cet arrêt*, *D. Mainguy et J.-L. Respaud*, « *Refus d'agrément et circonstance de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ?* », *RDLC janv.* 2005, n° 478. - *Cass. com.*, 31 janv. 2006, n° 03-13.739 : *JurisData* n° 2006-032101. - *Rapp. Cass. com.*, 8 oct. 2013, n° 12-22.952 : *Bull. civ. IV*, n° 148 ; *JurisData* n° 2013-021970 ; *JCP E* 2014, *comm.* 1063, *D. Mainguy et J.-L. Respaud*). Dès lors, il est indispensable que l'économie du contrat ne soit pas bouleversée lors

du préavis, à défaut ce préavis serait « *vidé de sa substance* » (J.-C. Grall et G. Mallen : *RLC* 2015, n° 2855).

Pourtant par un arrêt en date du 11 mai 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la seconde de ces décisions consacrant ainsi sa position : « *qu'ayant constaté que la société AGCO avait exprimé, lors de la notification de la rupture, sa volonté de faire application de l'article 10, alinéa 2, du contrat, afin de permettre aux parties de réorganiser leurs affaires avant la rupture, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette disposition permet, d'un côté, au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs et, de l'autre, au concessionnaire, de rompre le plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné, afin de faciliter sa reconversion commerciale et, par motifs propres, que cette clause, qui prévoit un abandon réciproque et concomitant, par les parties, de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce* » (Cass. com., 11 mai 2017, n° 16-13.464, *JurisData* n° 2017-008860 ; *conc. consom.* 2017, *comm.* 149, *obs.* N. Mathey). Les « *circonstances particulières* » peuvent donc résulter des dispositions contractuelles, y compris lorsqu'elles viennent bouleverser l'économie du contrat comme cela est le cas avec la levée de l'exclusivité territoriale d'un contrat de concession (C. Champaud, « *La concession commerciale* », *RTD com.* 1963, p. 454). Certes, la Cour de cassation avait déjà admis que les parties peuvent « *convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale* » (Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21.363 : *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *JurisData* n° 2014-031322) mais elle avait pris la précaution de rappeler au préalable que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce « *institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation* ».

Cette question de la modification du contrat durant la période de préavis est également celle posée par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, quelques jours auparavant, soit le 29 mars 2017 (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-23.579, *SIGF et a. c/ Sté Automobiles Citroën* : *JurisData* n° 2017-005712 ; *conc. consom.* 2017, *comm.* 152, *obs.* N. Mathey). Un concessionnaire automobile reprochait à son concédant d'avoir assorti sa lettre de résiliation d'une offre de nouveau contrat sous réserve que soient réalisés des objectifs qui apparurent vite inatteignables. La société concessionnaire arguait alors, habilement, qu'en conditionnant la conclusion d'un nouveau contrat à des objectifs de vente très élevés, le concédant lui avait en réalité imposé plus d'obligations dans le cadre du préavis qu'avant la résiliation, de sorte qu'elle n'avait pu bénéficier d'un réel préavis. L'arrêt d'appel est cassé au visa de l'article 455 du code de procédure civile pour ne pas avoir répondu à cet argument pourtant important. Il est délicat de tirer enseignement d'une cassation disciplinaire (N. Mathey, *conc. consom.* 2017, *comm.* 152), il convient donc d'attendre pour savoir si imposer plus d'obligations au distributeur évincé durant le préavis contrevient à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce alors qu'amoindrir ses droits pendant la même période est déjà possible. A suivre donc.

**J.-L. Respaud**

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

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

**5) Contrat de franchise et pacte de préférence : la fraude corrompt tout.** - La préservation des unités appartenant à un réseau est un enjeu et une préoccupation majeurs des enseignes, notamment de la grande distribution alimentaire. Sont ainsi mis en œuvre des mécanismes contractuels pour éviter que des points de vente ne quittent le réseau au profit de la concurrence comme par exemple des clauses de longue durée, de non-concurrence ou non-affiliation mais également des promesses ou pactes de préférence notamment relatifs au fonds de commerce, aux parts sociales ou encore au foncier. Tout est bon pour constituer des barrières à la sortie du réseau (*V. Avis n° 10-A-26 du 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*). De sorte que la tentation peut être grande, pour quelques uns incités par un concurrent, de franchir lesdites barrières y compris en fraudant.

Un arrêt, illustrant particulièrement ce constat, a été rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 mars 2017 au double visa de l'ancien article 1134 du Code civil et du « *principe selon lequel la fraude corrompt tout* » (*Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-20.440 : JurisData n° 2017-004560. Contrats, conc. consom. 2017, étude 13, n°44, note M. Béhar-Touchais et J.-B. Gouache*). Une société de distribution et sa dirigeante, par ailleurs associée, avaient conclu avec la société Mr Bricolage un contrat dénommé « Charte de l'adhérent à l'enseigne Mr Bricolage », en vue de l'exploitation d'une surface de vente à l'enseigne en question. Par ce contrat, la société Mr Bricolage s'était réservée un droit de préférence et de préemption en cas de cession des parts sociales assurant le contrôle du distributeur, personne morale. Par la suite, désirant intégrer le réseau concurrent Bricorama, la dirigeante et son époux cédèrent l'intégralité de leurs parts de la société de distribution à une autre société qu'ils détenaient, également associée de la première. Cette seconde société devenue ainsi seule actionnaire de la première, entretemps transformée en SAS avec conseil de surveillance, céda un peu plus de 49 % des actions de celle-ci à la société Bricorama France. La société de distribution informa alors la société Mr Bricolage de la cession intervenue et lui a notifié la résiliation de la « Charte de l'adhérent à l'enseigne Mr Bricolage ». La seconde société était ensuite nommée président de la première société, le distributeur, tandis que la société Bricorama était nommée présidente du conseil de surveillance de celle-ci. La société Bricorama, bien que minoritaire, se retrouvait donc à la tête de la société de distribution éludant ainsi le droit de préférence et de préemption de la société Mr Bricolage. Cette dernière assigna alors les deux sociétés, les époux et la société Bricorama en annulation de cette cession et en dommages-intérêts au motif que la cession des titres en faveur de la société Bricorama était intervenue en violation de son droit de préférence et de préemption. L'arrêt d'appel refusant de faire droit à cette demande est cassé au motif que le montage « *éludant ainsi le droit de préférence et de préemption de la société Mr Bricolage* » contrevenait à l'article 1134, ancienne rédaction, du Code civil et constituait une fraude. *Fraus omnia corrumpit*.

Mais, fort souvent la démonstration de cette fraude – qui, donc, corrompait tout – dépend de la capacité à prouver la collusion entre le distributeur indélicat et l'enseigne qu'il rejoint au détriment de son ancien réseau. Les mesures d'instruction permises en application de l'article 145 du Code de procédure civile peuvent alors s'avérer être l'unique recours : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Par un arrêt du 15 mars 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que la recherche de preuves de l'antériorité des accords ou relations entre les protagonistes caractérise le motif légitime requis par l'article 145 du Code de procédure civile (*Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-19.170, Contrats, conc. consom. 2017, étude 13, n°45, note M. Béhar-Touchais et J.-B. Gouache*).

**S. Destours et J.-L. Respaud**

**6) Contrat de franchise, période d'essai, amortissement et absence de résiliation abusive.**

- Le choix d'un nouveau franchisé et réciproquement pour celui-ci d'un réseau de franchise est une décision capitale tant les investissements et les enjeux sont importants. De sorte qu'à l'instar de ce qui se pratique pour d'autres relations comme par exemple le contrat de travail, il peut être opportun de prévoir une période d'essai. Pareil aménagement contractuel n'est toutefois pas sans soulever problème notamment relativement aux investissements réalisés par le franchisé. Tel était l'objet d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 21 juin 2017 (*Cass. com., n° 16-15.365, Contrats, conc. consom. 2017, étude 13, n°48, note M. Béhar-Touchais et J.-B. Gouache*). Un franchiseur, la société Dafy moto, avait conclu un contrat de franchise avec la société Motostop, franchisé, l'autorisant à exploiter un point de vente sous l'enseigne « *Dafy speed* ». Le contrat en question était conclu pour une durée déterminée de cinq ans et prévoyait une période probatoire de deux années, durant laquelle chacune des deux parties pouvait mettre un terme à cette relation contractuelle en respectant un préavis de trois mois, sans motif ni indemnité d'aucune sorte. Cette prérogative fut justement mise en œuvre par le franchiseur qui informa le franchisé qu'il mettait un terme à leur collaboration dans le cadre de la période probatoire contractuelle, avec un préavis d'un mois, préavis porté à trois mois conformément aux conditions contractuelles après réclamation du franchisé. Le franchisé assigna alors son franchiseur lui reprochant divers griefs dont la rupture abusive et de mauvaise foi du contrat les liant et lui demandant réparation. Les juges du fond n'ayant pas fait droit à ses demandes (*Riom, 10 février 2016*), le franchisé leur reprocha d'avoir privé leur décision de base légale au regard de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, ancienne version en ne recherchant pas si le franchiseur n'avait pas abusé de son droit de résilier le contrat en la mettant, sans en justifier, dans l'impossibilité d'amortir les investissements qui lui avaient été imposés lors de la conclusion du contrat. Le pourvoi du franchisé est rejeté au motif qu'il « *s'était engagé en connaissance du caractère précaire de son contrat, dont il avait accepté les modalités d'exécution* » (*Cass. com., n° 16-15.365, préc.*). La loi des parties est dure mais c'est leur loi. Cela peut toutefois sembler un peu court. Admettre qu'un contrat de distribution puisse prévoir une période d'essai n'est en rien critiquable, au contraire.

Néanmoins, il ne serait pas déraisonnable que cela nécessite quelques aménagements contractuels notamment relatifs à l'encaissement du droit d'entrée le cas échéant, peut-être à la motivation de la rupture ou encore à l'amortissement des investissements, par exemple par une clause de reprise des stocks et des aménagements ou équipements...

**S. Destours et J.-L. Respaud**

**7) Distribution sélective et plateforme en ligne : éléments d'actualité et « affaire Coty ».**

– Le contentieux de l'année 2017 se focalise, naturellement, autour des développements de l'affaire *Coty* sur la question de la validité des clauses d'interdiction de vente de produits objets d'un contrat de distribution sélective sur des plateformes de vente en ligne. Le problème ici soulevé est cependant plus général comme l'illustre, par exemple un arrêt du 5 juillet 2017 dans une affaire *Concurrence c./ Amazon* (*Cass. com. 5 juill. 2017, n°14-16737*). La société Concurrence, qui s'était illustrée dans les années 1990 par toute une série de procédures lancées contre des fournisseurs de produits électroménagers, développe son activité par un magasin « physique » et une plateforme de vente en ligne, « *concurrence.fr* ». Elle avait conclu un contrat de distribution sélective avec la société Samsung portant sur les produits de la marque « *Elite* », laquelle lui reprochait de les vendre via son site Internet. Concurrence ripostait en contestant la validité de la clause d'interdiction de revente en ligne

en ce qu'elle n'était pas imposée de manière uniforme à tous les distributeurs, notamment ceux distribuant leurs produits sur les différents sites Internet d'Amazon (Amazon.fr, .de., uk, etc.). Concurrence avait alors assigné la filiale européenne d'Amazon, située au Luxembourg, devant le Tribunal de commerce de Paris, en référé, aux fins d'obtenir le retrait des produits Samsung de ses divers sites, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce qui sanctionne le fait 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* ». Le débat s'orientait sur la compétence du juge français, sachant, qu'ici, le caractère extracontractuel de la relation de fait faisait pas de doute (*cf. supra, n°3*). Un premier arrêt (*Cass. com. 10 nov. 2015, n°14-16637*) renvoyait à la CJUE pour trancher une question préjudicielle fondée sur l'interprétation de l'article 5§3 du Règlement 44/2001 aux fins de savoir si « le distributeur agréé s'estimant lésé a la faculté d'introduire une action en cessation du trouble illicite qui en résulte devant la juridiction sur le territoire duquel les contenus mis en ligne sont accessibles ou l'ont été, ou faut-il qu'un autre lien de rattachement soit caractérisé », en d'autres termes si le distributeur français pouvait agir, en France, contre une place de marché étrangère, pour des faits dommageables constatés en France ou quel que soit le lieu, y compris hors de France. La CJUE avait répondu (**CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-618/15 D. 2017, p. 15, p. 881, obs. D. Ferrier, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, JCP 2017, 1198, note C. Nourissat, Europe 2017, n°94, obs. L. Idot**) en limitant la compétence du juge : « le lieu où le dommage s'est produit doit être considéré comme étant le territoire de l'État membre qui protège ladite interdiction de vente au moyen de l'action en question, territoire sur lequel le demandeur prétend avoir subi une réduction de ses ventes ». Dès lors, la Chambre commerciale, dans son arrêt du 5 juillet 2017, en prenait acte : les juridictions françaises étaient incompétentes pour traiter les demandes concernant les sites situés à l'étranger (Amazon.de, .uk, etc.), mais le demeurait pour les faits résultant d'une pratique interdite par le droit français alors que la victime exerçait son activité en France. Il suffit donc qu'une pratique soit interdite en France et que la victime exerce son activité en France pour que la compétence du juge français soit admise, contre un opérateur étranger, ce qui suppose que cette victime établisse que le dommage s'est produit ou risque de se produire en France. On voit la contradiction : ici, amazon.fr est un site « actif » en France mais qu'en est-il face à un site « passif », accessible en France mais non spécialement dédié aux français, voire qui redirige vers un site français ? C'est bien le cas de amazon.uk par exemple, qui redirige vers la version française du site (*Sur l'ensemble Cf. V. Pironon, note sous Cass. com. 5 juill. 2017, AJ contrats 2017, p. 488, « Les nouveaux défis du droit international privé : site passif, site actif, activité dirigée ? », in J. Rochfeld [dir.] Les nouveaux défis du commerce électronique, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 93*).

Autre est la question du traitement concurrentiel des clauses d'interdiction de revendre, par un distributeur sélectionné via un contrat de distribution sélective, les produits objet de ce contrat, via une plateforme en ligne. D'une manière générale, les contrats de distribution sélective, en tant qu'ils excluent des distributeurs non sélectionnés, sont valables en tant qu'ils sont conformes aux règles du droit de la concurrence, conformité qui suppose que les distributeurs soient sélectionnés en fonction de critères objectifs à caractère qualitatif, non discriminatoires, et sans limitation injustifiée de caractère quantitatif, critères qui doivent être en rapport avec la nature du produit et ne dépassent pas les contraintes strictement nécessaires à la commercialisation des produits. En jeu les clauses, dans ces contrats, contraignant les ventes ou reventes en ligne de ces produits par les distributeurs sélectionnés et plus largement, le dépassement des ventes physiques par le marché du commerce électronique. La question est essentielle, elle fait l'objet d'un contentieux considérable, dont les éléments principaux commencent avec l'arrêt « *Pierre Fabre* » et se poursuivent dans

l'affaire « Coty ». Depuis l'arrêt *Pierre Fabre* (CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *S<sup>té</sup> Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence*, D. 2011. 2590, obs. E. Chevrier, 2012. 577, obs. D. Ferrier, 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, RTD eur. 2012. 442, obs. J.-B. Blaise), il ne fait plus de doute que la clause imposant que les ventes de produits soient effectuées dans un magasin physique, et interdisant *a contrario* la vente via une plateforme électronique est interdite en tant qu'il s'agit d'une restriction de concurrence par l'objet, au sens de l'article 101 TFUE, si elle n'est pas objectivement justifiée (la préservation de l'image de marque, invoquée en l'espèce, n'avait pas été retenue comme une justification objective, ce qui n'est pas sans intérêt pour la suite), et sans exemption possible. Par conséquent, la vente, sur le site propre du distributeur, était possible. L'arrêt de la CJUE permettait d'en déduire qu'il n'était plus possible, pour la tête de réseau, d'interdire la revente sur le site propre d'un distributeur agréé. L'affaire *Caudalie* (**Cass. com 13 septembre 2017, n°16-15067**, *AJ contrats 2017, p. 489, note F. Buy*) renvoie aux suites directes de cette solution, face à une clause qui autorise uniquement la revente sur les sites propres des distributeurs sélectionnés, interdisant donc les ventes via des plateformes électroniques tierces. La Cour de Paris avait considéré, en référé, que cette clause était « susceptible de constituer sauf justification objective, une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l'exemption communautaire individuelle visée à l'article L. 442-6, I, 6° C. com. » (*Paris, 2 févr. 2016, D. 2017, p. 881, obs. D. Ferrier*). Or, le contrat de distribution sélective, comprenant cette clause, avait fait l'objet, après des engagements, d'une décision du Conseil de la concurrence validant le contrat (*Déc. Cons. conc. 07-D-07, 8 mars 2007*), ce qui fondait l'action, en référé, de *Caudalie* contre un site de vente en ligne, « eNova » pour que les produits de sa marque en soient retirés, tandis que cette dernière invoquait les solutions dégagées par l'ADLC dans l'affaire *Samsung* (*ADLC, déc. n°14-D-07, 23 juill. 2014 et 15-D-11, 24 juin 2015, Samsung*), qui rejetaient toutefois des demandes de mesures conservatoires, tout en se contentant, de considérer qu'il n'était pas exclu que la clause d'interdiction de vente via des plateformes en ligne puisse créer une restriction de concurrence, et un faisceau d'indices, dont un communiqué de presse du 18 novembre 2015, par lequel tout en rappelant que les places de marché peuvent satisfaire aux critères de distribution sélective (*Cf. Avis ADLC, n°12-D-20, 18 sept. 2012 relatif au commerce électronique*), évoquait le fait que l'ADLC avait obtenu la suppression des clauses d'interdiction de vente sur des places de marché. Etait-ce suffisant ? La Cour de cassation ne le considère pas (peut-être influencée par la perspective de la décision alors imminente dans l'affaire *Coty*), au rebours de la jurisprudence passée et du mouvement sourdement évoqué par l'ADLC, et censure l'arrêt d'appel qui avait rejeté la demande faute de trouble manifestement illicite invoqué par *Caudalie*, qui pouvait donc voir prospérer son action contre la plateforme. Affaire à suivre donc.

L'affaire *Coty* (CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, *Coty germany c/ Parfümerie Akzente*) illustre la progression de la jurisprudence en la matière. Un pharmacien, distributeur sélectionné par la société Coty, fournisseur de produits de luxe, dispose d'un magasin, mais également d'un site propre et vend via des plateformes de marché (type ebay ou Amazon). Or le contrat, modifié, de distribution sélective contenait une clause validant la vente sur site propre sous réserve qu'elle s'effectue par l'intermédiaire d'une « vitrine électronique » et qu'elle préserve le caractère luxueux des produits, mais interdisant la vente « de façon visible » via ces plateformes. On est donc ici au cœur de la question posée par exemple dans l'affaire *Caudalie*. Le Tribunal supérieur de Francfort avait transmis une question préjudicielle : « 1) Les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'"image de luxe" desdits produits constituent-ils un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ? 2) En cas de réponse affirmative à la première question, l'interdiction absolue, faite aux membres

d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité, peut-elle être considérée comme un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ? 3) L'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet constitue une restriction par objet de la clientèle du détaillant ? 4) L'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet constitue une restriction par objet des ventes passives aux utilisateurs finals ? ». La Cour de justice propose une première surprise, annoncée dans les conclusions de l'avocat général Nils Wahl en juillet 2017, en revenant sur un élément retenu dans l'affaire *Pierre Fabre*, à savoir le fait que l'objectif de maintien de l'image de marque d'un produit ne peut être un critère objectif justifiant une restriction de concurrence. La CJUE, ici, considère au contraire que la solution de l'affaire *Pierre Fabre* était une considération d'espèce, et que ce critère peut être considéré comme un critère objectif de sélection (pt. 24, 29, 36). Dès lors, sur la deuxième question, la clause interdisant la vente sur une plateforme a bien pour objectif de préserver l'image de luxe des produits (pt. 42), et la Cour considère en outre qu'une telle restriction est appropriée à la réalisation de cet objectif et ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour assurer la préservation de l'image de luxe, étant entendu que les distributeurs sont autorisés à vendre sur Internet via une « vitrine électronique » laquelle participe de cet objectif ou d'une plateforme tierce si l'intervention de celle-ci n'est pas visible pour le consommateur (pt. 37-58), à supposer que ces exigences soient imposées de manière non discriminatoire, ce qu'il appartiendra au juge de renvoi d'apprécier. Enfin sur les dernières questions, la Cour considère que la clause ne crée ni une restriction de clientèle ni une restriction de vente passive au sens des b) et c) de l'article 4 du Règlement n°330/2010.

Le moins qu'on puisse en dire est qu'il s'agit d'un coup d'arrêt spectaculaire, si on observe l'évolution de la jurisprudence dans la lignée de l'affaire *Pierre Fabre*, à la progression du commerce en ligne dans le secteur de la distribution sélective, qui redonne du souffle à cette forme de commercialisation originale (*Comp. Paris, 25 mai 2016, n°14/03918, JCP, E, 2016, 1539, note P. Wilhelm et E. Dumur, déjà dans une affaire Coty et pour pratiquement les mêmes faits, rejetant l'action de Coty sur le fondement de l'illicéité du contrat, et comp. les doutes, déjà, de D. Ferrier, D. 2017, p. 881*). Rappelons que les autorités de la concurrence ont toujours considéré qu'un fournisseur est libre de ses choix de commercialisation, sous réserve du respect des règles de concurrence et que, en matière de distribution sélective, les critères sont sévèrement appréciés selon les canons systématiquement rappelés. Dès lors, le principe de la liberté de commercialisation est certes altéré par la vigueur de la mise en œuvre des critères, mais pas renversé, notamment lorsque la tête de réseau se soumet à cette rigueur, sans exiger de critères exagérés. D'ailleurs on peut lire l'arrêt *Coty* à l'envers : c'est bien parce que la clause était rigoureuse, dans son principe et dans sa mise en œuvre, et qu'elle n'empêchait pas la vente en ligne par les distributeurs sélectionnés, que le critère du maintien de l'image de marque est réhabilité. Dans cette affaire, on va sans doute au bout de ce que permettent (aujourd'hui) l'interprétation des règles de concurrence : le commerce en ligne par un distributeur est possible sous la réserve de la préservation de l'image de luxe des produits, qui redevient un critère objectif valide, lequel peut être mise en œuvre par l'exigence d'un maintien de cette image sur le site propre, par exemple via une « vitrine électronique » éventuellement agréée par la tête de réseau, ou par la

commercialisation sur une plateforme tierce à condition que les produits objets du contrat ne se soient pas pour les consommateurs, associés visiblement à des produits qui ne respectent pas ces critères (ce qui autorise de la publicité par le distributeur sélectionné sur des moteurs de recherche pour son site propre). ON peut s'attendre à une riposte contractuelle ou structurelle des plateformes en ligne ; à suivre donc.

**D. Mainguy**

**8) Contentieux des contrats de la grande distribution.** Le contentieux des relations contractuelles et sociétaires du secteur de la grande distribution, alimentaire ou spécialisée, alimente des décisions de justice, souvent discrètes parce que rendues par des juridictions arbitrales, et parfois aboutissant à des arrêts importants de la Cour de cassation. Or ces relations sont souvent complexes parce qu'elles associent des logiques contractuelles via la conclusion, très souvent, de multiples types de contrats, et sociétaires, notamment lorsque le franchiseur est associé de la société exploitant un point de vente (Cf. B. Dondero, « l'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP, E*, 2012, 1671, et note sous *Cass. com. 30 mai 2012, n°11-18024, JCP, E*, 2012, 1641), le tout dans une ambiance concurrentielle liée à la considération du marché en cause ou des suite de la dépendance économique, réelle ou supposée qu'organise cette relation (D. Mainguy, « Le contrat de franchise dans la distribution alimentaire », in *La crise du contrat de franchise, Lextenso*, 2014, p. 85). Or, l'application des règles du droit de la concurrence est parfois un moyen d'apprécier, parfois de résoudre, l'imbricatio juridique résultant du montage juridique et sociétaire astucieux organisé pour assurer la fidélité d'un point de vente, forçant le juge saisi à prendre en compte les arguments de droit de la concurrence (*Cass. com. 26 avr. 2017, n°15-14243, CCC 2017, n°174, obs. M. Malaurie-Vignal*).

Dans un autre registre, les relations de la grande distribution ne se fondent pas sur un moule prédéfini, trop souvent résumé à la relation d'une centrale de référencement dont le rôle serait limité à une relation de référencement des fournisseurs et d'affiliation de point de vente franchisés, tandis que les ventes se développeraieent entre fournisseurs et points de vente. Cette présentation simpliste omet les situations du commerce coopératif, dans lesquelles les centrales sont associées des sociétés exploitant les points de vente tandis que leur propriétaire sont associés de la coopérative, et franchiseur de ces points de vente, mais aussi celles du commerce intégré, où les points de vente sont la propriété, directe ou indirecte, totale ou partielle, de la centrale, les frontières entre les deux étant d'ailleurs poreuses, avec des relations purement contractuelles, des situations dans lesquelles des centrales sont associées ou imbriquées. Dans ce dernier cas, certaines centrales se présentent comme des acheteurs de marchandises à une autre centrale, marchandises qu'ils revendent ensuite aux points de vente de leur réseau. Dans cette dernière situation, le fournisseur-centrale se présente comme tel, un vendeur, tenu de préparer et communiquer des conditions générales de vente aux points de vente : dès lors, le distributeur déçu par les prix proposés par la centrale peut-il avoir accès aux relations entre la centrale première et la centrale venderesse ? A priori le secret des affaires s'oppose ici à des logiques de transparence posées dans les articles L. 441-6 et suivants du Code de commerce. C'est cette question que posait un franchisé Bricorama dans une situation plus classique où le franchiseur était une centrale de référencement traditionnelle, conduisant à un arrêt du 8 juin 2017 (*Cass. com. 8 juin 2017, n°15-27146*), rendu dans une affaire assez ordinaire dans laquelle un franchisé n'avait pas renouvelé le contrat de franchise pour adhérer à un autre réseau et avait été assigné par son ex-franchiseur en paiement de diverses sommes, tandis que le franchisé demandait le paiement de ristournes de fin d'année. A ce titre, il demandait accès aux conditions dans lesquelles le franchiseur-centrale avait négocié les prix, comme mandataire à la négociation du point de vente, avec ses fournisseurs. Il semble que la situation, ici, permette de considérer

que le secret des affaires trouve sa limite à la fois dans l'application des règles relatives à la transparence tarifaire et aux obligations de reddition des comptes du mandataire. Pourtant la Cour de cassation rejette le pourvoi qui avait donné la primeur au secret des affaires : « même si la société Bricorama a été le mandataire de la société Ploneour dans la négociation avec les fournisseurs, il ne peut lui être imposé de révéler la teneur de ses négociations qui relève du secret des affaires, mais seulement d'en faire connaître l'issue au distributeur » car « la demande de production des éléments de preuve litigieux détenus par la société Bricorama [qui] ne relevait pas de la nature du contrat ni de la loyauté contractuelle [et] n'était pas justifiée par un intérêt légitime ». Dès lors, par extension, dans la situation plus exceptionnelle plus haut décrite, et faute de mandat, on peut penser que le secret des affaires a vocation, encore davantage, à être mis en valeur.

**D. Mainguy**

## 2° Les contrats de représentation

**9) Régime de l'agence commerciale : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation d'un contrat d'agence commerciale y compris lorsque l'agent intervient également en qualité de distributeur, s'agissant de la vente des pièces détachées.** - Un agent commercial peut-il invoquer les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale d'une relation commerciale établie ? Telle est la question à laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à nouveau à répondre à l'occasion de cet arrêt du 18 octobre 2017 (*Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-19.531, F-D, Sté Veleti SRL c/ B. Contrats, conc. consom. 2017, comm. 250, note N. Mathey*). Lorsqu'il s'agit de la rupture d'un contrat d'agence commerciale, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'appliquent pas : une nouvelle fois la réponse est donc négative (*V. Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-13.527, FS-P+B, SA Éts Gabriel Boudier c/ SAS Baron Philippe de Rothschild France distribution ; Bull. civ. 2012, IV, n° 71 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 149, note N. Mathey ; JCP E & A 2013, 1200, n° 7, obs. J.-L. Respaud - Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-17.952 : Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° 67, p. 69, obs. Ph. Grignon*). Pareille solution s'explique au moins à deux titres.

Premièrement, ces décisions respectent l'adage « *specialia generalibus derogant* » puisque, selon la Cour, l'article L. 134-11 du Code de commerce écarte l'article L. 442-6, I, 5° du même code (*Rapp. Cass. com., 4 oct. 2011, n°10-20.240 : Contrats, conc. consom. 2012, comm. 259, note N. Mathey ; D. 2011, p. 2465, obs. X. Delpech à propos d'un contrat de transport, contrat qui connaît également un régime spécial*). En effet, l'article L. 134-11 du Code de commerce qui précise le préavis à respecter à l'occasion de la résiliation d'un contrat d'agence commerciale, en ce qu'il est propre aux seuls agents commerciaux, édicte une règle spéciale par rapport à l'article L. 442-6, I, 5° du même code, qui ayant vocation à s'appliquer à la rupture brutale « *d'une relation commerciale établie* » par « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », se voit nécessairement alors attribuer la qualité de règle plus générale. Toutefois, ces deux textes poursuivant des finalités, au moins en partie, différentes. Il paraît donc délicat et peut-être simpliste de les considérer en conflit pour pouvoir ensuite, si facilement, faire primer l'un sur l'autre afin de résoudre ledit conflit (*V. nos obs. sur Cass. com., 3 avr. 2012, préc.*).

Deuxièmement, le préavis suffisant de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce vise à permettre au partenaire évincé de se reconverter (*V. notam. J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 19*). En matière d'agence commerciale, cette fonction de préservation ou de compensation est également et surtout assurée par l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 134-12 du Code de commerce, ce qui explique, d'une part, les brefs délais de préavis de l'article L.134-

11 du même code et, d'autre part, que soit écarté tout recours à l'article L. 442-6, I, 5° dudit code (*contra*, V. Ph. Grignon, *obs. sur Cass. com.*, 10 mai 2011, n° 10-17.952 : *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, n° 67, p. 69).

L'arrêt observé présente toutefois une spécificité intéressante et importante par rapports aux décisions précédemment rappelées (*Cass. com.*, 18 oct. 2017, *préc.*). En l'espèce, la victime de la rupture n'intervenait pas seulement en qualité d'agent commercial d'un fabricant de machines outils mais était également, à titre plus accessoire, distributeur des pièces détachées pour le même fournisseur. Cet élément de fait avait conduit les juges d'appel à retenir que la relation contractuelle relevait, non pas de l'article L. 134-11 du Code de commerce qui concerne les contrats portant sur la seule qualité d'agent commercial, mais de l'article L. 442-6, I, 5° de ce code (*CA Paris*, 5 mars 2015). C'est une cassation pour violation de la loi qui vient sanctionner cette décision : « *en statuant ainsi, alors que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant et qu'elle avait constaté que l'article 1er du contrat du 5 avril 2002 confiait à la société Poulard une mission d'agent commercial, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (*Cass. com.*, 18 oct. 2017, *préc.*). L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations entre un agent commercial et son mandant. En l'espèce, l'activité de revente de pièces détachées était secondaire ; ainsi par raisonnement de principal à accessoire, il est cohérent que la Cour réitère sa position et la renforce même ainsi.

Aurait-il toutefois été possible de raisonner autrement ? En privilégiant la règle générale ou par une application distributive des textes en conflit par exemple. Retenir la règle générale, c'est-à-dire faire application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, n'aurait guère de sens, puisque cela ferait doublon avec l'application de l'article L.134-12 du même code prévoyant l'indemnité de fin de contrat. Appliquer distributivement les articles L.134-11 et L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, c'est-à-dire maintenir durant un préavis plus long la distribution des pièces détachées alors que les machines outils n'aurait plus été proposées, paraît tout simplement impossible.

**J.-L. Respaud**

**10) Régime de l'agence commerciale : Droit de l'agent à l'indemnité de fin de contrat et refus de celui-ci de conclure un nouveau contrat.** - Un mandant notifie à son agent commercial le non-renouvellement de leur contrat et engage avec celui-ci des négociations en vue de la conclusion d'un nouvel accord à des conditions substantiellement différentes. Bien que le renouvellement ait semblé acquis par principe et que le mandant ait fait, en fin de compte, quelques efforts quant aux conditions du contrat proposé, l'agent commercial refusa au final de le conclure. Chacune des parties se plaint au juge, le mandant de ce que le refus par son agent d'un nouveau contrat était fautif ; l'agent pour réclamer l'indemnité de fin de contrat prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce. Les juges du fond ne firent droit ni à l'un ni à l'autre. Tous deux se pourvurent en cassation. Le mandant en vain, l'agent avec succès. Au visa des articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce, la chambre commerciale, par un arrêt en date 21 juin 2017, cassa l'arrêt d'appel (*CA Paris*, 17 déc. 2015) au motif que « *l'agent commercial qui refuse de conclure un nouveau contrat à l'expiration du précédent n'a pas l'initiative de la cessation du contrat au sens du second texte susvisé, de sorte qu'il n'est pas privé du droit à indemnité prévu par le premier* » (*Cass. com.*, 21 juin 2017, n° 15-29.127, *FS-P+B+I*, *Sté La Diffusion Sofradif, SAS c/ Sté Elsevier Masson, SAS* : *JurisData* n° 2017-011882. *Contrats, conc. consom.* 2017, *comm.* 168, *note N. Mathey*).

Décision logique (*pour un commentaire plus circonspect de l'arrêt*, V. N. Mathey, *Contrats, conc. consom.* 2017, *comm.* 168). En effet, dès lors que la jurisprudence reconnaît à

l'agent droit à l'indemnité de fin de contrat en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée (V. notam. *Cass. com.*, 3 oct. 2006, n° 05-10.127 : *JurisData* n° 2006-035453 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, *comm.* 40, note L. Leveneur) et non seulement dans l'hypothèse de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, comme cela était le cas sous le régime ancien de l'agence commerciale, alors il apparaît logique d'indemniser l'agent commercial qui, une fois le non-renouvellement de son contrat notifié, refuse d'en conclure un nouveau à d'autres conditions. Une chose est le non-renouvellement du contrat liant les parties par le mandant qui ouvre donc droit à indemnisation, une autre chose est le refus de l'agent de conclure un contrat nouveau, refus qui n'a pas à le priver de ladite indemnité de fin de contrat. A défaut, il serait bien simple d'écarter le droit à indemnité en proposant un contrat nouveau à des conditions moins avantageuses afin que l'agent le refuse. Si l'on voulait jouer avec les mots, l'on dirait qu'il convient de distinguer le non-renouvellement du contrat existant, c'est-à-dire le refus d'un nouveau contrat, et celui d'un contrat nouveau par l'agent.

**J.-L. Respaud**

**11) Contrats de distribution et droit social : gérant de succursale.** L'application de l'article L.7321-2 du Code du travail isole une technique originale de « coqualification » d'un contrat, tout à la fois par la mise en œuvre des règles, sociales, du droit du travail, si les conditions d'application du texte sont remplies, et de celles des règles ordinairement applicables à ce contrat. En d'autres termes, la mise en œuvre du statut de gérant de succursale ne se traduit pas par une *requalification* du contrat de distribution en contrat de travail, qui emporterait abandon de ces règles ordinaires (*Comp. D. Ferrier*, « Pour une juste application du droit social aux distributeurs, *D.* 2017, p. 2495, *D. Mainguy*, *Faut-il tuer le droit de la distribution*, *D.* 2013, p. 1222), *requalification* qui n'est cependant pas exclue lorsque les conditions d'application des règles du contrat de travail sont identifiées (*Cass. soc.* 18 janv. 2012, n°10-16342, *D.* 2013, p. 732, *obs. D. Ferrier*, *Cass. soc.* 4 déc. 2001, n°99-41265). Il reste que l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail pose une sérieuse difficulté, notamment dans le contrat de franchise (de distribution de produits surtout), dans la mesure où le franchisé est généralement dans une situation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, que son local est agréé par le franchiseur, qu'il ne dispose que d'une liberté relative de fixation de ses prix et conditions de revente. C'est d'ailleurs l'un des intérêts de recourir à des alternatives au contrat de franchise conçu comme un contrat cadre préparatoire à la conclusion de contrat de vente de produits en vue de leur revente, via le contrat de commission affiliation notamment, qui suscite cependant d'autres difficultés de frontières, avec les règles du mandat ou de l'agence commerciale par exemple. Un certain nombre de réseaux sont ou ont été assez systématiquement dans le cœur du dispositif, le réseau Yves Rocher par exemple, comme l'illustre l'arrêt du 4 mai 2017 (*Cass. com.* 4 mai 2017, n°15-20689). Un arrêt d'appel, après une décision d'un Conseil de prud'hommes, avait admis l'application de l'article L. 7321-2 C. trav. et accordé des rappels de salaires, des indemnités diverses et des dommages et intérêts, mais la société Yves Rocher avait également engagé une action contre l'exploitante de la franchise pour obtenir paiement de factures. L'arrêt d'appel avait rejeté l'action en paiement sur le fondement que, en raison de la subordination économique de l'exploitante, celle-ci « n'était maîtresse ni de ses commandes, ni des prix publics appliqués, ni de la politique commerciale, ni par suite de la rentabilité de l'affaire et passait exclusivement les commandes imposées par la société Yves Rocher » et « que se sont ainsi trouvées confondues, en la personne de cette dernière, les qualités de créancier et de débiteur », emportant extinction de celles-ci sur le fondement de l'article 1234 (ancien) du Code civil. On voit alors le défaut du raisonnement qui suppose une *requalification* du contrat de franchise. Or, l'article L. 7321-2 du Code de travail n'aboutit pas à ce résultat mais à une

coqualification, ce qui conduit à la cassation : « alors que le statut de gérante de succursale reconnu à Mme Z, bien que caractérisé par la dépendance économique de celle-ci à l'égard de la société Yves Rocher, laissait subsister entre ces deux personnes distinctes l'existence de relations commerciales, excluant l'extinction des créances de la société Yves Rocher sur Mme Z par la confusion des qualités de créancier et débiteur ».

Daniel Mainguy

## II – LES CONTRAINTES DE LA DISTRIBUTION

**12) Actualité de l'article L. 442-6 C. com. et de la transparence tarifaire** – A nouveau, et toujours, des questions de procédure. La question est désormais bien comprise (*comp. Cette chron. 2017, 1079, n°13*), la combinaison des articles L. 442-6 et D. 442-3 du Code de commerce réserve le traitement des contentieux relevant de ces règles à des juridictions spécialisées en première instance (y compris civiles : *Cass. com. 29 mars 2017, n°15-27811*) et à la Cour d'appel de Paris, en voie d'appel. Or, il est bien évident qu'il peut résulter de cette spécificité des stratégies judiciaires, à la limite parfois de manœuvres dilatoires. Il en résulte, en négatif, qu'une demande fondée sur d'autres textes, seraient-ils en lien étroit avec les faits permettant de mettre en œuvre ces règles, que les règles de compétence ordinaire retrouvent leur empire. Par exemple, une action fondée sur la méconnaissance des règles de l'article L. 441-7 du Code de commerce, qui gouverne le contenu des accords « de coopération », résultant de la négociation tarifaire entre fournisseur et acheteur professionnels échappe à cette compétence particulière (*Cass. com. 20 sept. 2017, n°16-13144*). De même, et comme à propos de la limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. (*cf. supra, n°3*), les règles de l'article L. 442-6, I, 2° C. com., lorsqu'existent des règles, également spéciales, qui prévoient un mécanisme particulier, par exemple s'agissant des conditions de retrait d'un GIE, celles de l'article L. 442-6, I, 2° C. com. sont alors exceptées (*Cass. com. 11 mai 2017, n°14-29717, JCP, G, 2017, 763, note M. Béhar-Touchais*). En revanche si, lorsqu'une clause attributive de compétence est prévue, il est évident que celle-ci ne saurait faire obstacle à la compétence particulière prévue par l'article D.442-3 (*Cass. Com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-22675*), qu'en est-il de l'assignation devant un juge spécialisé de la liste de l'annexe de ce texte, mais qui ne correspond pas à celle du ressort du tribunal désigné dans la clause ? Dans un arrêt du 11 mai 2017, où une clause renvoyait à tribunal de Sarreguemines, dans le ressort du juge spécialisé de Nancy, tandis qu'une action avait été engagée devant le juge de Rennes, la Cour considère que « le débat sur l'opposabilité de la clause attributive de compétence dont se prévalait la société Eurofix importait peu, une telle clause ne pouvant recevoir application dès lors qu'elle désignait une juridiction non spécialement désignée » (*Cass. com. 11 mai 2017, n°15-21917*). Plus importante cependant est la solution de deux arrêts importants du 29 mars 2017 (*Cass. com. 29 mars 2017, n° 15-24241 et n°15-27659*). Le premier, notamment, est l'un de ces arrêts par lesquels la Cour de cassation expérimente sa nouvelle technique de motivation de ses arrêts, notamment de revirement de jurisprudence, avec force citation de ses propres décisions antérieures et des raisons de la solution nouvelle. En l'espèce, il s'agissait d'une rupture brutale de contrat, ayant fait l'objet d'une décision de première instance de Bastia (*non désignée dans l'article D. 442-3 C. com.*) et contre laquelle un appel était interjeté devant la Cour d'appel de Bastia. Au lieu de retenir la solution, traditionnelle, mais redoutable, d'une fin de non-recevoir comme sanction de l'appel formé devant une autre Cour que celle de Paris (*Cass. com. 24 sept. 2013, n°12-21089, Cass. com. 6 sept. 2016, n°14-27085, cette chron. JCP, E, 2017, 1200, n°13*), sanction devant être relevée d'office (*Cass. com. 31 mars 2015, n°14-10016*), la Cour considère « que cette dernière solution est source, pour les parties, d'insécurité juridique

quant à la détermination de la cour d'appel pouvant connaître de leur recours, eu égard aux termes mêmes de l'article D. 442-3 du code de commerce ; qu'elle conduit en outre au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées, les recours formés devant les autres cours d'appel que celle de Paris étant déclarés irrecevables, en l'état de cette jurisprudence » et « qu'il apparaît donc nécessaire d'amender cette jurisprudence, tout en préservant l'objectif du législateur de confier l'examen des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce à des juridictions spécialisées ; qu'il convient, pour y parvenir, de retenir qu'en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier, auquel cas elles devront relever, d'office, l'excès de pouvoir commis par ces juridictions en statuant sur des demandes qui, en ce qu'elles ne relevaient pas de leur pouvoir juridictionnel, étaient irrecevables ». Mieux vaut donc deux décisions prises par des juridictions dénuées de pouvoir juridictionnel apparent (mais qui le retrouvent du fait de cet arrêt) que le maintien d'une de ces décisions, de première instance, sans possibilité d'appel : le droit à l'appel gagne ce que perd la cohérence juridictionnelle.

Outre ces questions de procédure, notons l'arrêt du 29 mars 2017 (*Cass. com. 29 mars 2017, n°15-27811*) qui précise que, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 9°, « qu'un fournisseur de produits est tenu de communiquer ses conditions générales de vente dans les conditions prévues à l'article L. 441-6 du code de commerce ; qu'il ne peut refuser à un acheteur la communication des conditions générales de vente applicables à une catégorie de clientèle que s'il établit, selon des critères objectifs, que cet acheteur n'appartient pas à la catégorie concernée ».

**Daniel Mainguy**

**13) Actualité de l'article L. 442-6 C. com. : déséquilibre significatif.** La question du traitement du déséquilibre significatif a pris un tour tout particulier. En effet, cette question fait l'objet d'une disposition spéciale, de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, tandis que, en droit de la consommation, le problème est traité de manière voisine sous l'angle des « clauses abusives » de l'article L. 212-1 C. consom. La réforme du droit des contrats propose dans l'article 1171 du Code civil une technique d'élimination de ces mêmes clauses. Les trois textes ne sont cependant pas équivalents, ni dans leur champ d'application, ni dans leur mise en œuvre, ni dans les sanctions proposées (ce outre la question de savoir si la rédaction de l'article 1171 du Code civil sera ou non maintenue par la loi de ratification de l'ordonnance de 2016). Notamment, la question se pose de la mesure du caractère spécial et général des articles L. 442-6 C. com. et 1171 C. civ., à l'aune de l'article 1105 du Code civil qui réserve l'application d'un texte spécial à une situation contractuelle lorsqu'il existe. La tentation serait alors grande de considérer l'article L. 442-6 C. com. comme particulier au regard de l'article 1171 du Code civil, à ceci près toutefois qu'ils ne sont pas véritablement compatibles et surtout que l'article 1171 du Code civil, limité aux seuls contrats d'adhésion, se présente lui-même comme un texte spécial. Une autre difficulté tient à la réserve de l'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil, qui exclut le jeu du premier alinéa à l'objet et au prix d'un contrat (ou d'une clause), tandis que cette réserve n'apparaît pas dans l'article L. 442-6, I, 2° C. com. Si la réserve de l'article 1171 s'explique, en substance, par le rejet explicite de la prise en compte de la lésion dans les contrats, l'absence de réserve dans l'article L. 442-6, I, 2° C. com. demeure mystérieuse. Faut-il considérer que la question de la lésion, ou d'une

forme approachante relève de l'article L. 442-6, I, 1° C. com. qui révèle une approche volontariste de la question, ou bien que le principe général du rejet de la considération de la lésion prévaut ou au contraire que l'absence de réserve permet cette prise en compte et donc l'appréciation du prix ? A bien des égards, la considération du prix, dans ce texte, relève de son « effet utile » (*D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, LexisNexis, 8è éd. 2017, n°341*) quand bien même le Conseil constitutionnel aurait prévu un cadre d'interprétation de la règle qui semblait s'en éloigner, dans la mesure où il avait validé la constitutionnalité du texte car le législateur s'était déterminé en référence au déséquilibre significatif de l'article L. 132-1 C. consom. et donc à la réserve du prix, pour autant que l'on puisse considérer ce cadre d'interprétation comme suffisamment argumenté (*Comp. D. Mainguy, JCP, G, 2011, 274*).

C'est cette question que l'arrêt du 25 janvier 2017 a eu à trancher en faveur d'un contrôle du prix (*Cass. com. 25 janv. 2017, n°15-23547, JCP, G, 2017, 255, note M. Béhar-Touchais, E. 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech, D. 2017, p. 481, note F. Buy*). L'espèce est spécifique, l'arrêt a en revanche une portée générale, voire considérable. Au départ, il s'agissait d'un contrôle lancé par la DGCCRF, courant 2010, sur un grand nombre de contrats conclus entre le Galec (Leclerc) et une centaine de ses fournisseurs, pour aboutir à une assignation fondée sur le fait que le Galec aurait imposé à une cinquantaine de fournisseurs, pour un peu plus de 100 contrats, une ristourne de fin d'année conditionnelle moyennant des contreparties fictives ou inconditionnelles. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2015, avait infirmé le jugement du Tribunal de commerce de Paris qui avait considéré que l'article L. 442-6, I, 2° C. com., ne s'appliquait pas au prix, pour au contraire condamner le Galec à une amende civile de 2 millions d'euros et la répétition de l'indu à hauteur de 61,3 millions d'euros sur le fondement que les sommes versées par les fournisseurs au titre de ces ristournes « soit en contrepartie de la constatation d'un courant d'affaire non chiffré, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires limité par rapport au chiffre d'affaires de l'année précédente et sans commune mesure avec le chiffre d'affaires prévisionnel, ou soit sans aucune contrepartie crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations au profit de la société coopérative Galec ». Le pourvoi contre l'arrêt d'appel est rejeté par l'arrêt du 25 janvier 2017, mais sur la base d'une argumentation particulièrement précise.

La confirmation par la Cour de cassation que le contrôle du déséquilibre significatif peut être effectué sur le prix valide les analyses des juges du fond (*Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, Ikéa, Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, GIE de radios Paris, 1er juill. 2015, n° 13/19251, Galec*). L'analyse est alors exceptionnelle : le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation correspond à la prise en compte du mouton noir du droit des contrats qu'est la lésion en droit des contrats. Rappelons que l'article 1168 (nouveau) du Code civil dispose que « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». La loi, commerciale, par le jeu de l'article L. 442-6, I, 2° (et incidemment 1°) C. com. en dispose-t-elle autrement ? C'était tout l'enjeu de l'interprétation de la Cour de cassation, qui s'effectue en plusieurs temps, outre la question de la mesure d'une « soumission » au sens de ce texte et de la question de savoir si le Trésor Public était habilité à récupérer ces sommes. Le fait qu'une ristourne soit prévue dans un accord conclu dans les conditions de l'article L. 441-7 permet de considérer qu'elle est visée par le contrôle de l'article L. 442-6, I, 2° C. com. et ce, indépendamment des règles du droit de la consommation, donc de la réserve que ses règles posent : « (...) 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 (...), telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce 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, (...) 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 (...) 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 ». La formule, longue, est éclairante : la Cour de cassation considère qu'elle est en mesure de dépasser le standard d'interprétation proposé par le Conseil constitutionnel : le prix est un élément du déséquilibre significatif. Présentée ainsi, la formule peut paraître fade : elle suppose cependant, donc, que le contrôle de la lésion, ici limitée à l'interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° C ; com., est possible, solution âprement contestée, y compris dans ce domaine précis (*M. Behar-Touchais, note sous Cass. com. 25 janv. 2017, préc. et « 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*). La difficulté, technique, consiste alors savoir si le principe de libre négociabilité (y compris du prix) n'est pas limité à la situation d'obligations réciproques, alors que le « prix » a nécessairement une obligation réciproque, même non spécifiquement identifiée, de sorte qu'il faudrait que le juge identifie un « jute prix » à comparer au prix convenu : « 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 ; (...) 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 œuvre 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 (celle par laquelle le Galec exposait qu'un tel raisonnement supposait d'identifier un « juste prix » de comparaison), que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ».

La portée de cette décision est exceptionnelle à plus d'un titre. En premier, le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° C. com. permet de considérer que tous les contrats d'affaires peuvent, sur ce fondement, s'attendre à ce que des explications judiciaires soient demandées sur l'adéquation entre le prix et la contreprestation du prix dans n'importe quel type de contrat conclus entre commerçants, les contrats d'affaires. Dès lors la question se pose de savoir s'il faut comprendre cet arrêt comme relevant du domaine spécifique des règles du droit de la concurrence ou de celui, général, de droit des contrats. D'ailleurs, la décision ne cite que des textes du Livre IV du Code de commerce, et même les très techniques articles L. 441-7 ou L. 442-6, alors que les règles du droit nouveau des contrats rejettent le contrôle de la lésion dans les contrats (C. civ., art. 1168). Il s'agirait donc d'un contrôle possible dans les situations dans lesquelles une convention unique de l'article L. 441-7 s'impose. Par ailleurs, on peut rapprocher cet arrêt de l'arrêt *Carrefour* du 4 octobre 2016 (*Cass. com. 4 oct. 2016, n°14-28.013, JCP, E, 2017, 1053, note S. Le Gac-Pech*), qui pose d'ailleurs une forme de présomption de soumission dans le secteur de la grande distribution alimentaire, sauf preuve contraire, que le partenaire, en raison de sa puissance comparée, disposait de la possibilité d'obtenir la suppression de la clause contrôlée, donc de la discuter, comme dans l'affaire « *Darty* » du 26 avril 2017, concernant des clauses dites « protection de stock » et « produits obsolètes », insérées « à l'occasion de la négociation commerciale » en « absence de marge de manœuvre réelle de négociation des fournisseurs en cause » (*Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27865*). On peut ainsi considérer que c'est en tant que ce texte s'inscrit comme un complément, en vue d'un contrôle, des règles des articles L. 441-6 et s. du Code de commerce que, dans le secteur des relations, parfois tendues, entre centrales de référencement (du secteur alimentaire) et fournisseurs, ce contrôle justifie l'entorse faite à la traditionnelle exclusion du contrôle de l'adéquation entre prix et contrepartie de celui-ci, la lésion, donc, loin des principes du droit des contrats, fondés sur la volonté qui forme le contrat, donc le prix et que, sauf exception (cf. C. civ., art. 1168), le « juste prix » n'est pas une notion de droit positif sinon lorsqu'il est le « prix convenu », du fait de l'expression, valide, du consentement par les parties. S'ajouterait sans doute l'idée que le droit français pourrait alors se présenter comme un épouvantail, favorisant l'évasion des centres de décision des opérateurs économiques vers l'étranger. De ce point de vue, on se rapprocherait de l'idée, tout aussi traditionnelle que la saine concurrence s'effectue par le marché, par ces échanges de volonté, et point par le contrôle de l'Etat. On peut rappeler cependant que cet équilibre ne peut se produire, et encore de manière idéale, que dans un marché sans barrière, sans position dominante, c'est-à-dire dans une situation équilibrée : l'équilibre résulte donc de l'équilibre. Dès lors que des relations s'inscrivent hors de cette situation supposément équilibrée, ou que les règles (du droit de la concurrence) permettant d'assurer un contrôle de cet équilibre par des outils adéquats, ceux des articles L. 420-1 et 2 via l'Autorité de la concurrence, ne sont pas applicables (ou appliquées, en raison de la difficulté, ou du refus, des autorités de concurrence de contrôler la validité des prix excessifs ; *comp. CJCE, 13 nov. 1975, aff. C-26/75, General Motors c/ Comm. : Rec. CJCE 1975, I, 01367*), c'est précisément à ce moment, même si l'arrêt *Galec* n'indique pas qu'il assume le contrôle d'un prix excessif, que les règles de ce qui reste du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, héritières des règles de la « police des prix », ont vocation à jouer, notamment dans des situations déséquilibrées, en termes économiques. D'un point de vue d'analyse économique, il est donc heureux que le juge dispose des moyens, complets, au prix d'une regrettable division des compétences

d'attribution entre le juge spécialisé de droit commun et l'ADLC, lui permettant d'assurer un contrôle de l'équilibre de la fixation du prix, notamment dans les situations dans lesquelles la liberté de la négociation, posée, n'est pas réelle, à supposer d'ailleurs, ce qui n'est pas établi de manière générale, que les conditions générales de vente, socle de la négociation commerciale, soient exemptes de toute critique (*Comp. M. Béhar-Touchais, note préc. sp. n°12*) et à supposer que la considération que les conditions générales soient le *socle* de la négociation commerciale ait un sens normatif précis et efficace. Du reste, la Cour de cassation ne pose pas une règle de principe, qui aurait pu résulter d'une affirmation sèche, mais au contraire rend une décision limitée au cas d'espèce, peut-être d'ailleurs pour éviter que les fournisseurs s'autorisent à négliger la négociation pour, ensuite, chercher à récupérer les sommes perdues au cours de celle-ci devant le juge. Enfin, on peut considérer que la résurgence de la notion de contrepartie à un prix renvoie à des souvenirs effacés par la loi LME de 2008 et la suppression du contrôle des pratiques discriminatoires de l'ancien article L. 442-6, I, 1° C. com. qui imposait la justification d'une différence de prix par l'existence de « contreparties réelles », et le contrôle « ligne à ligne » impliquant d'identifier une contrepartie pour chaque élément de prix, contre l'appréciation globale qui semble se dégager de la lettre de l'article L. 442-1, I, 2°. L'arrêt fait-il une interprétation « *contra legem* » injustifiable (*comp. Comp. M. Béhar-Touchais, note préc. sp. n°18*) ? Toutes les appréciations sont possibles mais rien, en droit, n'interdit, ici comme ailleurs, à la Cour de cassation de faire surgir une notion, quand bien même elle aurait été exclue par la loi. Autre, toute autre, est la question de savoir si la portée de la décision déborde du domaine du droit de la concurrence pour aborder les rivages du droit commun des contrats et donc de savoir si cet arrêt constitue réellement un entorse à la règle excluant la lésion du domaine du contrôle du juge.

**Daniel Mainguy**