

Octobre 2022

Focus

Focus

Le Conseil constitutionnel valide la sanction généralisée de la lésion en droit des affaires

Cons. const., 6 octobre 2022, Décision n° 2022-1011 QPC

Le Conseil constitutionnel valide la sanction généralisée de la lésion en droit des affaires

Panorama

La clause résolutoire ne justifie toujours pas une rupture brutale

Private enforcement : le préjudice résultant d'une entente verticale ne se présume pas

Qui trop embrasse mal étreint : cibler où se trouve le déséquilibre significatif au sein d'un montage contractuel

Justifier un déséquilibre significatif peut le « sauver »

Fusion-absorption de la société agent commercial égale cession non-autorisée du contrat

Points de vue pratiques

Négociation, convention et unilatéralisme dans la fixation du prix : les ressources du droit des obligations

Non-communication de conditions catégorielles de vente

Augmentation du prix par le mandant : déconfiture pour l'agent !

En bref...

La Lettre est rédigée par le groupe Contrats et Distribution du Centre du Droit de l'entreprise

Ont contribué au présent numéro

Lucas Bettoni

MCF Université Toulouse-Capitole

Karine Biancone

Avocat à la Cour

Stéphane Brena

MCF Université de Montpellier

Sibylle Chaudouet

MCF CY Cergy Paris Université

Nicolas Eréséo

MCF Université de Strasbourg

Nicolas Ferrier

Pr. Université de Montpellier

Directeur éditorial

Yasmina Idani

Chargée d'enseignements

Aymeric Louvet

Avocat à la Cour

Clémence Mouly-Guillemaud

Pr. Université de Montpellier

Margot Silly

Chargée d'enseignements

Théodora Leichnig

Chargée d'enseignements

Jean-Michel Vertut

Avocat à la Cour

Association Droit et Distribution

39 rue de l'Université
34000 Montpellier
Tél : 04 34 43 30 27
www.cde-montpellier.com

À quoi servent-ils ? La question se pose à la lecture de la décision rendue le 6 octobre dernier par le Conseil constitutionnel. Était concernée la disposition figurant à l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce qui sanctionne le fait pour tout professionnel « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie », et ce sous peine d'une amende civile pouvant atteindre 5 millions d'euros, 5% du CA HT réalisé par l'auteur des pratiques ou le triple des sommes induit perçues (outre la répétition de l'indu et la nullité des clauses concernées).

La disposition était contestée dans le cadre d'un recours exercé par l'ILEC contre AMAZON et pointant diverses conditions contractuelles abusives, notamment des clauses constitutives d'avantages sans contrepartie. Le tribunal avait accepté de transmettre à la Cour de cassation la question de la conformité du texte aux droits et libertés garantis par la Constitution tels que la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, le principe d'égalité devant la loi, la garantie des droits et le principe de légalité des peines (T. com. Paris, 10 mai 2022, n°2020032138QPC). La Cour de cassation avait jugé la question nouvelle et sérieuse « au regard de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, en ce que cette disposition est de nature à permettre au juge de procéder à un contrôle des conditions économiques pour caractériser l'existence d'une disproportion manifeste entre l'avantage recherché ou obtenu par une partie exerçant des activités de production, de distribution ou de services et la valeur de la contrepartie consentie par celle-ci, quand bien même ces conditions économiques auraient fait l'objet d'une libre négociation entre les parties » (Com., 7 juill. 2022, n° 22-40.010, nous soulignons).

En réponse, le Conseil balaye la question d'un revers de la main et relève qu'en « adoptant ces dispositions, le législateur a entendu, afin de préserver l'ordre public économique, réprimer certaines pratiques restrictives de concurrence et assurer un équilibre des relations commerciales. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. » Il ajoute que « ces dispositions permettent, lorsqu'il est saisi, au juge de contrôler les conditions économiques de la relation commerciale uniquement pour constater une pratique illicite tenant à l'obtention d'un avantage soit dépourvu de contrepartie, soit manifestement disproportionné au regard de cette dernière. » Et il en conclut que le « législateur n'a pas porté à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Il s'ensuit que les griefs tirés de leur méconnaissance doivent être écartés. » Quant au grief portant sur la violation du principe de légalité, le Conseil relève que « La notion d'avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie [...] ne présente pas de caractère imprécis ou équivoque ». Voilà tout.

Avons-nous honteusement tronqué la riche motivation retenue par les Conseillers ? Pas une ligne ne manque, tout y est. Ceux qui espéraient un véritable contrôle de constitutionnalité en seront pour leurs frais. Le gendarme de la Constitution s'est mué en gardien de la paix : « Circulez, il n'y a rien à voir ! ».

Et pourtant, il y avait certainement matière à discuter. Rappelons que la disposition en cause avait été adoptée afin de lutter contre la fausse coopération commerciale à une époque où la discrimination tarifaire entre professionnels était interdite. Le

fournisseur devait justifier chaque réduction de prix par une contrepartie spécifique, sauf à se rendre coupable d'une discrimination. Pour contourner cette interdiction, les parties prévoient des services fictifs afin de déporter sur la facture du distributeur les avantages (les fameuses « marges arrières ») qui ne pouvaient pas apparaître sous forme de réduction de prix sur la facture du fournisseur. La facturation de services « fictifs » (ou « prétexte ») par le distributeur servait ainsi à maquiller des réductions de prix discriminatoires et donc interdites. Dans ce contexte, le texte sanctionnait alors le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ».

Seulement depuis 2008, les pratiques discriminatoires ne sont plus interdites (secteur alimentaire mis à part) et, de fait, la disposition a perdu une bonne part de sa raison d'être, d'autant que les abus les plus criants ont désormais vocation à être contrôlés sur le fondement de la disposition relative au déséquilibre significatif introduite à la même époque (au 2°). Comme le révèle les études de jurisprudence publiées par la CEPC sur son site, le 1° est assez peu invoqué. Les recours sont généralement initiés par la DGCCRF et les rares condamnations concernent exclusivement la grande distribution (ce que l'origine du texte explique, de même que sa rédaction particulière).

Une improbable résurrection a cependant été encouragée ces dernières années. D'abord, parce que la CEPC a poussé une lecture très large du texte, plusieurs avis ayant plaidé pour son application aux réductions de prix (CEPC, avis n° 15-24, Lettre distrib. 09/2015, p.3 – avis n° 15-21 et 15-22, Lettre distrib. 07-08/2017, p.5 – Avis n° 18-6) si bien que la jurisprudence a fini par être influencée (Paris, 13 sept. 2017, n° 15/24117, Lettre distrib. 11/2017, mais la Cour finira par se dédire, v. *infra*, et la CEPC semble elle-même avoir assoupli sa position, voir avis n° 22-1). Ensuite, parce que l'ordonnance du 24 avril 2019 a réécrit le texte de façon à supprimer toute référence à la notion de service, si bien que peut être sanctionné aujourd'hui n'importe quel avantage (tarifaire ou non) dépourvu d'une contrepartie suffisante (sous la forme d'un service de coopération commerciale ou non).

La disposition entre alors pleinement en concours avec le 2° du même article qui sanctionne la soumission à une obligation créant un déséquilibre significatif et qui, depuis 2017, peut s'appliquer aux réductions de prix (Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; JCP 2017, Doctr. 255, note M. Béhar-Touchais ; D. 2017, p. 481, note F. Buy ; JCP E 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech ; RTD civ. 2017, p. 383, obs. H. Barbier ; RDC 2017, 470, obs. C. Grimaldi ; Gaz. Pal. 2017, n° 15, p. 37 obs. D. Houtcieff ; *Contrats, conc. consom.* 2017/7, étude 7, N. Ferrier). Une différence majeure oppose cependant les deux textes : le 1° relatif aux avantages dépourvus de contrepartie suffisante ne suppose la preuve d'aucune soumission, d'aucune contrainte, d'aucun abus. Le simple constat de la lésion suffit à caractériser l'infraction. Certains objecteront que l'existence même du déséquilibre des prestations contient en creux la preuve de l'abus, à l'image de ce qui est parfois soutenu au sujet de l'article 1143 du Code civil relatif à la violence par abus de dépendance (l'avantage manifestement excessif absorberait la preuve de l'abus). Ce serait nier les réalités qui entourent la vie des affaires. L'avantage sans contrepartie visé par le législateur n'est rien d'autre, pris en lui-même, qu'une faveur par rapport aux conditions habituellement consenties par le professionnel. Il représente l'essence même de la négociation ; un sacrifice consenti afin de remporter un marché dans le contexte d'un régime de libre concurrence et ce sacrifice peut tout à fait avoir été décidé librement.

Focus

S'il est nécessaire de justifier toute réduction de prix, peut-on encore négocier et a-t-on réellement supprimé l'interdiction des discriminations tarifaires ?

On objectera que les rapports de force très déséquilibrés qui caractérisent les relations entre fournisseurs et grands acheteurs justifient des dérogations aux libertés commerciales mais ce serait oublier que rien ne borne le texte à ces relations. Depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, l'auteur des pratiques peut être n'importe quel professionnel (y compris un micro-entrepreneur...) et sa victime n'importe quel professionnel (y compris une multinationale...).

Aussi, l'objectif d'intérêt général consistant à assurer l'équilibre des relations commerciales que le Conseil met en avant ne saurait occulter cette évidence : le texte va très au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir cet objectif en ce que rien ne le borne aux relations déséquilibrées, ni son champ d'application – qui est infini – ni ses conditions d'application puisque celles-ci ne supposent la preuve d'aucun abus, d'aucun rapport de force, d'aucune contrainte. Ce que le texte interdit (en le poussant dans ses derniers retranchements), c'est la négociation même. Il est donc manifestement contraire à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle puisqu'il apporte à ces libertés des restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir l'objectif mis en avant : « *Circulez, il n'y a rien à rééquilibrer !* ».

Contre toute logique, le Conseil relève que le « *législateur n'a pas porté à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » mais il n'opère en réalité aucun contrôle de proportionnalité. Son approche est totalement désincarnée, abstraite, mécanique, aveugle. La motivation est en-deçà de l'indigence et traduit à ce titre un véritable mépris pour les questions touchant à la vie des affaires.

La messe est-elle dite ? Rien n'est moins sûr puisque les magistrats ont encore les moyens de limiter ou de supprimer les dégâts susceptibles d'être produits par le texte.

D'abord, ils peuvent entreprendre d'en réduire le champ d'application comme un arrêt de la Cour d'appel de Paris a pu l'illustrer. L'affaire concernait un constructeur de maisons individuelles qui, à la faveur d'un mandat de facturation, avait consenti aux clients particuliers des réductions de prix portant sur des prestations assurées par des sous-traitants, et ce au titre du CICE (crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi). L'administration avait estimé qu'il s'agissait de réductions de prix sans contrepartie (au préjudice des sous-traitants) et elle avait assigné le constructeur sur le fondement du 1° de l'article L. 442-6, I, évitant soigneusement le 2° afin de ne pas s'enliser dans la preuve de la soumission (le dossier était très fragile sur ce point du fait de rapports de force assez équilibrés et de l'absence de toute contrainte). Consciente de la manœuvre, la Cour d'appel avait rejeté les prétentions de l'administration en retenant qu'« *en raison du principe de la libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure exceptionnel en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ce contrôle ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-749 QPC (voir considérant n°7) à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 (Com. 25 janv. 2017, n° 15-23547). Dès lors, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° précité ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial.* » (Paris, 4 nov. 2020, n° 19/09129 : Lettre distrib. 12/2020, p.1). Certes, la motivation de l'arrêt apparaît aujourd'hui très fragile en ce que la Cour fait dire au Conseil constitutionnel ce qu'il n'a – malheureusement ! – jamais dit mais la solution mérite approbation en ce qu'elle subordonne la possibilité d'opérer un contrôle judiciaire des prix à la preuve d'une soumission (seul moyen d'éviter les dérives et ainsi de garantir la Constitutionnalité du dispositif).

Ensuite (et alternativement), les juges judiciaires peuvent estimer que cette condition de soumission est virtuellement exigée (sous-entendue) par le 1° comme un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris l'avait laissé entendre (Paris, 13 sept. 2017, préc.). Dans cette affaire, les magistrats étaient saisis de ristournes prétendument disproportionnées et ils avaient rejeté le grief d'une violation de l'article L. 442-6, I, 1°, alors applicable en relevant : « *l'existence d'une discussion entre les parties* », la possibilité qu'avait le fournisseur « *de négocier les contrats* » et le fait qu'il ne justifiait « *pas avoir émis de réserves* » quant aux services proposés et leur rémunération, ce qui revenait au fond à constater l'absence de soumission alors que c'était bien le 1° qui était appliqué... La solution ne revient pas à ajouter au texte une condition qu'il ne contient pas mais simplement à vérifier que le dispositif est bien utilisé (et seulement utilisé) dans le contexte d'une relation marquée par un déséquilibre (comme aurait dû le préciser le Conseil constitutionnel sous la forme d'une réserve d'interprétation et comme le propose la meilleure doctrine, v. en ce sens M. Béhar-Touchais JCP n° 29, 18 juill. 2019, 1363 : « *nous exhortons les juges à rééquilibrer le droit des pratiques restrictives de concurrence, en réinstaurant de manière prétorienne une condition de*

soumission »).

Enfin et si rien ne vient du côté des magistrats judiciaires, nous rappellerons que l'ordonnance du 24 avril 2019 (à l'origine de la nouvelle rédaction du texte) n'a jamais été ratifiée et conserve à ce jour une valeur réglementaire. Or, par une autre décision rendue dans la même affaire, le tribunal de commerce de Paris a posé une question préjudicielle au Conseil d'Etat sur la légalité de cette ordonnance (T. com. Paris, 10 mai 2022, n°2020032138). Le gouvernement n'est-il pas allé au-delà de son habilitation en réécrivant l'article comme il l'a fait et en élargissant considérablement son champ d'application alors que la loi ne lui donnait le pouvoir que de « *simplifier et préciser les définitions* » de certaines pratiques restrictives de concurrence ?

Intéressante question que le Conseil d'Etat devra affronter prochainement et si la réponse est négative, les dernières cartes devront être jouées à Strasbourg...

N. Eréséo

Panorama

Cass. com., 7 septembre 2022, n° 21-13.691

La clause résolutoire ne justifie toujours pas une rupture brutale

Faits. Une relation est établie entre la société Longchamp et un distributeur agréé qui exploite quatre fonds de commerce de maroquinerie en différentes localités. A lire l'arrêt entre les lignes, Longchamp s'irrite de plusieurs manquements de son partenaire et résilie successivement ces quatre contrats, avec effet immédiat mais en étalant les ruptures entre 2011 et 2014. Le distributeur évincé s'offusque de cette brutalité, au moins pour deux des ruptures, mais sans convaincre la Cour d'appel qui juge l'absence de préavis justifiée par les manquements du demandeur, lesquels étaient visés par des clauses résolutoires.

C'est cette motivation qui fonde le pourvoi du distributeur. Il critique la Cour d'appel qui « *s'est bornée à relever* », pour motiver la rupture sans préavis d'une première relation, que le manquement fut réitéré et visé par une clause résolutoire. Il leur reproche également d'avoir retenu une même motivation à l'occasion de la rupture d'une deuxième relation, opérée en raison de la méconnaissance d'une clause d'objectif. La solution de la Cour de cassation diffère notablement en fonction de l'inexécution reprochée.

Le premier problème est ainsi de savoir si la gravité de la faute susceptible d'autoriser une rupture sans préavis peut être motivée par le fait que l'inexécution, réitérée, est expressément visée par une clause résolutoire.

La solution, tout en nuance, suggère une réponse négative. La Cour reprend le raisonnement en trois étapes opéré par l'arrêt objet du pourvoi. D'abord, celui-ci détaille l'inexécution litigieuse, en l'occurrence la méconnaissance de l'obligation faite au revendeur d'obtenir l'accord écrit de Longchamp préalablement à toute publicité utilisant sa marque. Or le revendeur avait apposé une affiche « *destinée à attirer le public* » couvrant la totalité de sa vitrine à l'occasion d'une « *liquidation avant travaux* », mentionnant entre autres la marque Longchamp et ce sans son accord. Au demeurant, Longchamp avait mis en demeure et à deux reprises son partenaire de retirer le nom de sa marque de cette affiche, en vain. Ensuite, il précise la finalité de l'obligation méconnue, laquelle vise « *à permettre [au fabricant] d'encadrer les usages pouvant être fait de sa marque et d'éviter que celle-ci ne soit associée à une opération de liquidation* ». Enfin, « *l'arrêt en déduit [...] que ce manquement [...] à ses obligations contractuelles constituait une faute justifiant la résiliation sans préavis* ». La Cour de cassation estime alors que ces constatations ont fait « *ressortir le caractère suffisamment grave du manquement* ».

Analyse. La Cour de cassation sauve ainsi une motivation qu'elle estime insuffisante.

Effectivement, il semblerait qu'à aucun moment les premiers juges n'aient affirmé la gravité de l'inexécution, seule susceptible d'autoriser une résolution immédiate, même si l'article L. 442 ne le précise pas et vise seulement l'« *inexécution par l'autre partie de ses obligations* ». Certes, les juges d'appel ont précisé la finalité de l'obligation méconnue, qui prévient toute vulgarisation de la marque du partenaire, sans pour autant se prononcer sur la gravité particulière dudit manquement. Mais détailler la finalité d'une obligation n'induit pas la gravité de son inexécution. A défaut, l'analogie conduirait à ce que

l'inexécution de la clause d'objectif, laquelle a pour finalité d'inciter à la performance, autorise pareillement la résolution immédiate. Mais tel n'est pas le cas. Pour autant, la mention de la finalité de l'obligation méconnue, si ce n'est les vaines injonctions de s'y conformer, semble ici suffire à « faire ressortir » la gravité du manquement. Il semblerait que l'appréciation de cette gravité soit celle de la Cour de cassation davantage que celle des premiers juges.

Surtout, la solution n'évoque à aucun moment la clause résolutoire qui servirait pourtant la motivation des premiers juges et esquivé ainsi la question de droit qui lui est posée. En creux, on comprend aisément que cette stipulation contractuelle ne peut pas suffire à justifier une rupture sans préavis. La solution n'est pas nouvelle. La Cour s'en est expliqué par le passé : « *Il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant* » (Com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517, Lettre distrib. 11/2007). La clause résolutoire est ainsi privée de tout effet dans le contentieux de la rupture brutale ; au demeurant, le juge n'est pas davantage lié par la stipulation du caractère exclusif des manquements listés par la clause résolutoire et un manquement non visé peut parfaitement revêtir la gravité autorisant une rupture immédiate (Com., 8 nov. 2017, n° 16-15.296, Lettre distrib. 12/2017). Ceci dit, la Cour d'appel de Paris reconnaît davantage d'effet à cette clause et, à l'instar de l'arrêt objet du pourvoi, il n'est pas rare qu'elle motive la gravité de l'inexécution par cette seule prévision contractuelle (v. également Paris, 22 juin 2016, n° 14/01512, Lettre distrib. 09/2016). Cette résistance ponctuelle se comprend. D'une part, l'intérêt de stipuler une clause résolutoire est avant tout de préciser qu'un certain manquement est jugé grave par les parties, alors qu'il ne le serait peut-être pas par d'autres. Pour les inexécutions pour lesquelles tout le monde s'entendrait sur leur caractère grave, la voie de la résolution unilatérale est ouverte et prive partiellement d'intérêt l'anticipation par une clause résolutoire. D'autre part, l'appréciation du caractère établi d'une relation et ponctuellement celui de la brutalité de la rupture (essentiellement lorsqu'il s'agit d'une rupture à terme), reposent sur la légitimité des attentes de pérennité que pouvait entretenir le partenaire éconduit. Dès lors, des inexécutions que ce partenaire sait contrarier la poursuite de la relation car il en fut préalablement convenu ainsi, ne manquent pas d'interroger quant à la légitimité de sa croyance (comp., soulignant que rien ne laissant présager une inexécution, elle peine à s'analyser en une menace quant au devenir de la relation propre à contrarier les attentes de l'opérateur : N. Ferrier, La prévention du grief de rupture brutale d'une relation commerciale établie par le contenu du contrat, in Flux et Reflux de la rupture d'une relation commerciale, LexisNexis, 2018, p. 48). Un compromis opportun quant à l'effet des clauses résolutoires dans le contentieux de la brutalité pourrait être celui induit d'un arrêt de la Cour de cassation suggérant que la clause résolutoire présumait la gravité des inexécutions listées, présomption simple qui supporta la démonstration contraire (Com., 24 nov. 2015, n° 14-19.678, Lettre distrib. 01/2016). Il serait effectivement heureux que l'anticipation des parties identifie au moins un indice de la gravité du manquement qu'elle vise.

Le second problème avoisine le premier si ce n'est qu'il intéresse une inexécution particulière, la méconnaissance d'une clause d'objectif expressément convenue autoriser une rupture immédiate.

La solution est prévisible. La Cour censure l'arrêt d'appel qui, « *après avoir relevé que le contrat mettait à la charge [du distributeur] l'obligation de réaliser un montant d'achats minimum par semestre de 30 000 euros HT et prévoyait qu'en cas de non-respect de cette obligation d'approvisionnement minimum durant deux semestres consécutifs, le contrat pouvait être résilié par le fournisseur avec effet immédiat, constate que [ce distributeur] n'avait effectué des achats que pour un montant de 24 000 euros HT au premier semestre 2010 et pour un montant de 28 000 euros HT au second semestre 2010 [...] et] retient [...] que cette inexécution doit être considérée comme suffisamment grave », car « *en se déterminant ainsi, sans caractériser les circonstances conférant au manquement contractuel reproché un degré de gravité suffisant au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».*

Analyse. Bien loin de la première solution, la Cour de cassation n'entend pas cette fois rattraper la faiblesse de la motivation des premiers juges et, en application de l'ancien article L. 442-6, I, 5°, retient qu'une clause résolutoire ne peut pas justifier une rupture immédiate en raison du non-respect des objectifs contractuels (v. Com., 5 avr. 2018, n° 16-19.923, Lettre distrib. 05/2018 ; Com., 9 juill. 2013, n° 12-21.001). Il revient alors aux premiers juges d'établir quelle circonstance, autre que la stipulation, confère à cette inexécution le degré de gravité susceptible de justifier une rupture sans préavis.

Or il faut bien convenir que si le partenaire ne remplit pas les objectifs, à admettre qu'ils soient réalistes, il est sans doute économiquement opportun de s'en départir, sans toutefois qu'il n'apparaisse nécessaire de

le faire en urgence et sans préavis lorsque, comme en l'espèce, ses résultats en sont proches (24 000 puis 28 000 euros d'achats au lieu des 30 000 euros prévus). En serait-il de même si les résultats devaient être catastrophiques ou si le partenaire bénéficiait d'une exclusivité territoriale ? C'est peu probable tant cette stipulation peine à passer le contrôle de la Cour de cassation (pour une même solution en un litige où le débiteur de cette obligation ne réalisait 40% ou 65% des objectifs en un temps où son créancier réalisait lui-même 105% : Com., 9 juill. 2013, n° 12-21.001 ; comp. Paris, 11 janv. 2017, n° 14/07959, Lettre distrib. 02/2017, admettant que l'effondrement des ventes « *constitue indéniablement un manquement grave caractérisé justifiant la rupture immédiate* », gravité encore confortée par la clause autorisant la résolution immédiate pour ce manquement, là où, en d'autres hypothèses, la résolution ne pouvait intervenir qu'après mise en demeure). Mais, cela ne revient-il pas à ce que l'application de l'article L. 442 impose « *aux entreprises de rester en relation avec des partenaires pendant de très longs préavis même si leurs offres commerciales ne correspondaient plus aux conditions du marché* », comme le fustigeait pourtant le rapport au Président accompagnant la réforme du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ? La question demeure ouverte car la clause résolutoire visant la stipulation d'objectif place son créancier dans une situation délicate. S'il l'a met en œuvre avec un effet immédiat, il peinera à justifier d'une inexécution grave justifiant la soudaineté de la rupture. S'il accorde un préavis, rien ne suggère que cette inexécution puisse autoriser une réduction du temps sinon attendu. En effet, les inexécutions du partenaire éconduit ne sont pas listées au titre des critères judiciaire du temps de préavis. Autant dire que, dans le contentieux de la brutalité, une clause de d'objectif est actuellement inutile, voire dangereuse en ce qu'elle conduit erronément son créancier à penser qu'il peut s'y fier.

C. Mouly-Guillemaud

Cass. com., 28 septembre 2022, n° 21-20.731

Private enforcement : le préjudice résultant d'une entente verticale ne se présume pas

Depuis l'arrêt *Courage* (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99), toute victime d'une pratique anticoncurrentielle doit pouvoir agir devant les juridictions nationales pour réclamer réparation de son préjudice. Une telle réparation relève, par principe, du régime de la responsabilité civile de droit commun (V. Dir. 2014/104/UE, cons. 11 ; C. com., art. L. 481-1 C. com.). L'application des principes de la responsabilité délictuelle au contentieux des pratiques anticoncurrentielles n'en soulève pas moins de nombreuses difficultés, ainsi qu'en atteste l'arrêt sous commentaire.

Faits. Une enseigne spécialisée dans la fabrication et l'installation de menuiseries industrielles sur mesure se trouve à la tête d'un réseau de concession. Elle conclut avec une société un contrat pour l'exploitation exclusive de sa marque et de son concept dans la Marne, pour une durée de trois ans. Un autre contrat de même nature et de même durée est signé postérieurement, mais portant sur une autre partie de ce département. Ces contrats comportent chacun une clause obligeant le concessionnaire à respecter auprès de sa clientèle le tarif de vente conseillé par son concédant. Lui reprochant l'imposition d'une clause contraire aux règles de concurrence, le concessionnaire assigne le chef du réseau en annulation des contrats de concession sur le fondement de l'article L. 420-3 C. com. et en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'ancien article 1382 C. civ. Parallèlement, le concédant fait l'objet d'une seconde assignation, introduite par une société tierce, dirigée par le gérant de la société concessionnaire, et qui se prévaut du second accord de distribution. Les deux instances sont jointes. Par une première décision (31 juillet 2019), la Cour d'appel de Paris juge que la clause de prix des contrats constitue une stipulation prohibée par l'article L. 420-1, qu'elle est nulle sans que cette nullité affecte la validité de l'ensemble des contrats de distribution et, rouvrant les débats, invite les parties à conclure sur le principe, l'étendue et l'évaluation du préjudice subi à raison de cette stipulation illicite. Par une seconde décision (9 juin 2021), la même juridiction condamne le concédant à verser au premier demandeur la somme de 64 021 euros et, au second, celle de 62 952 euros, à titre de dommages et intérêts.

Problème. Dans son pourvoi, le concédant soumet deux séries de questions qui ont trait au préjudice découlant d'une entente entre non-concurrents. Premièrement, l'application d'une clause frappée de nullité peut-elle causer un préjudice aux contractants ? Deuxièmement, incombe-t-il à la victime d'une entente verticale (partie ou tiers au contrat de distribution) d'apporter la preuve qu'une telle pratique lui a causé un préjudice ?

Solution. La Haute juridiction donne d'abord raison à la Cour d'appel en admettant que l'application d'une clause anticoncurrentielle, nulle de plein droit par jeu de l'article L. 420-3, puisse causer un préjudice aux

cocontractants. Sa décision du 9 juin 2021 est néanmoins ensuite censurée aux motifs qu'aucune présomption de préjudice ne découle d'une entente verticale entre un concédant et son concessionnaire et qu'il incombe donc aux juges du fond d'établir l'existence d'un préjudice subi par ce dernier ou un tiers à la relation de distribution.

Analyse. L'arrêt sous commentaire se prononce tant sur le droit à réparation d'un préjudice découlant d'une clause contractuelle entachée de nullité (I) que sur la preuve d'un préjudice consécutif à la commission d'une restriction verticale de concurrence (II).

I.- Le caractère réparable du préjudice résultant d'une clause nulle –

Devant les juridictions ordinaires, les victimes de pratiques anticoncurrentielles sont en droit d'obtenir, outre la réparation de leur(s) dommage(s), l'annulation du contrat ou de la clause se rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2. Dès lors, se pose la question de l'articulation de ces deux actions et plus particulièrement celle de savoir si la partie lésée par le contrat ou la clause anticoncurrentielle annulée par le juge peut demander, en sus, réparation de son dommage. Comme nous l'avons dit en préambule, les règles de la responsabilité civile de droit commun trouvent à s'appliquer au *private enforcement*, sauf aménagements spécifiques prévus aux articles L. 481-1 s. C. com. (si tant est que ces dispositions soient *ratione temporis* applicables : V. *infra*). Or, en droit commun, il est admis que le contractant auquel la nullité est imputable doit réparer le dommage causé par la conclusion du contrat annulé (Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16.302 ; adde. C. civ., nouv. art. 1178, al. 4). Dans l'arrêt sous étude, la Cour de cassation applique donc cette jurisprudence dans le cadre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Contrairement aux dires du concédant, la rétroactivité n'exclut pas qu'un préjudice puisse découler de la nullité. Dans pareille hypothèse, le dédommagement est de type négatif, en ce sens qu'il doit s'agir de placer le contractant lésé dans la situation où il se serait trouvé si le contrat invalide n'avait pas été conclu ou, pour le cas présent, si la clause illicite d'imposition des prix de revente n'avait pas été insérée dans l'accord de distribution (V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, 11^{ème} éd., 2020, n° 425).

II.- L'absence de présomption de préjudice en cas d'entente verticale –

En droit commun de la responsabilité, la victime doit prouver son préjudice. On sait néanmoins que, dans certains domaines, la jurisprudence peut présumer l'existence du préjudice à partir de la faute afin d'encourager et de faciliter les actions indemnitaires. C'est notamment le cas en droit de la concurrence, pour l'action en concurrence déloyale (V. Civ. 1^{ère}, 10 avr. 2019, n° 18-13.612 : « *un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale* »). Faut-il employer un tel raccourci dans la mise en œuvre des conditions de la responsabilité en matière d'ententes anticoncurrentielles ? La Cour de cassation s'y refuse ici, du moins pour ce qui concerne les ententes verticales : « *aucune présomption ne découle de la pratique relevée (une entente verticale entre un concédant et un concessionnaire)* » (§12). Il fait ainsi écho à une précédente décision par laquelle la Haute juridiction, à propos d'une entente entre participants à un appel d'offres (donc horizontale), a écarté un moyen faisant valoir qu'« *en matière concurrentielle, l'existence d'un préjudice s'infère au moins partiellement de l'infraction elle-même* » et qu'« *ainsi, la victime d'une entente subit nécessairement un préjudice* » (Com., 13 sept. 2017, n° 15-22.837 et 15-23.070).

Cette solution peut-elle s'expliquer par la date des faits générateurs du dommage dont se prévaut le concessionnaire (entre 2010 et 2013) ? En effet, l'indemnisation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle obéit à un régime spécifique depuis la transposition de la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 par l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 et dont l'application est non-rétroactive (V. par ex. Paris, ch. 5-4, 23 juin 2021, n° 17/04101). Et le nouvel article L. 481-7 C. com., qui en est issu, instaure une présomption simple de préjudice. Cependant, elle est posée pour les ententes entre concurrents, et non celles verticales. Ainsi, il y a fort à parier que, pour ces dernières, le défaut de présomption de préjudice trouvera encore à s'appliquer à des créances de réparation nées après le 11 mars 2017.

Enfin, concernant toujours l'établissement d'un préjudice, la Cour suit le troisième et dernier moyen du pourvoi du concédant qui faisait grief à l'arrêt d'appel de l'avoir condamné à verser des dommages et intérêts à la seconde société demanderesse en réparation d'un préjudice supposément causé par la clause de prix contenue dans le second contrat de concession. En effet, ce contrat avait été signé par le premier demandeur et aucune référence au second n'y figurait, de sorte qu'il devait être considéré comme tiers au contrat. Il aurait par conséquent fallu « *établir en quoi cette société, tiers au contrat, avait pu subir un préjudice du fait de l'annulation d'une clause y figurant* » (§15). En somme, l'absence de présomption de préjudice s'applique peu importe si celui qui réclame réparation est partie ou tiers à l'entente verticale.

L. Bettoni

CA Paris, 14 septembre 2022, n° 20/04891

Qui trop embrasse mal étroit : cibler où se trouve le déséquilibre significatif au sein d'un montage contractuel

Le ministre de l'Économie a assigné trois hypermarchés de l'enseigne Carrefour situés sur l'île de la Réunion, ainsi que leur centrale, la société Profima, les quatre étant les filiales d'une même société (GBH). Il leur reproche d'avoir soumis leurs fournisseurs à un déséquilibre significatif pour avoir, pour l'essentiel, fait reposer uniquement sur ceux-ci le financement de l'activité de la centrale. Cela étant précisé, la compréhension de l'arrêt est assez délicate, en raison de la complexité des développements, alors même que la solution retenue est relativement simple. Une telle complexité résulte d'une sorte d'imbroglie dans lequel s'est enlisé le Ministre, y entraînant la Cour, qui a repris et a dû répondre point par point à son argumentaire. En effet, que de longs détours, qui brouillent les pistes, par le montage contractuel en cause (I) pour finalement resserrer l'analyse du déséquilibre significatif sur une clause très précise figurant dans l'un des contrats qui compose ce montage (II).

I. – Brouillage de l'analyse du déséquilibre significatif par la reconstitution du montage contractuel

Reconstitution du montage contractuel. À titre préalable, étaient en jeu diverses « *réductions de prix* » – ces termes n'étant pas toujours employés à bon escient, nous le verrons – prévues dans les différents contrats agencés selon un montage qui, il est vrai, est relativement sophistiqué. Mais la reconstitution de ce montage dans l'arrêt, à plusieurs reprises et sous différentes présentations, nuit inutilement à sa lisibilité. Doivent ainsi être distinguées deux séries de contrats, chacune accompagnée de ses réductions de prix ou parfois, terme plus juste techniquement, de rémunérations :

Contrats d'affiliation et de mandat. La première série de contrats concerne les relations entre la centrale et les hypermarchés et se dédouble : entre un contrat d'affiliation, aux termes duquel la centrale sélectionne les fournisseurs avec lesquels elle négocie, éventuellement leur achète les produits (en son nom, mais pour le compte de l'affilié qui le souhaiterait), et rend des services complémentaires aux affiliés, parfois en leur apportant une assistance ; et tout un ensemble de mandats, qui se déclinent en mandats à la négociation, à la signature et conclusion des contrats-cadres annuels au nom des affiliés avec les fournisseurs référencés, doublés de mandats de facturation et de recouvrement des sommes dues par les fournisseurs aux affiliés qu'elle collecte et leur reverse ensuite – à la fois la rémunération de services rendus par les magasins et « *les réductions de prix différées* » (i.e. les ristournes) –. Le tout moyennant le versement par les affiliés à la centrale d'une redevance annuelle.

Contrats-cadre. Les contrats-cadres annuels conclus dans les conditions de l'anc. art. L. 441-7 C. com. constituent la seconde série de contrats, qui prévoient deux types de « *réductions de prix* » : celles résultant des conditions de vente (CGV ou CPV) accordées par les fournisseurs aux hypermarchés (la centrale, mandataire de leur recouvrement, devant les leur reverser, cf. *supra*) ; les rémunérations – improprement qualifiées de « *réductions de prix* » – de divers services rendus aux fournisseurs par la centrale, distinctes selon que celle-ci intervient en tant que centrale de référencement (courtier) ou centrale d'achat (commissionnaire). Sauf que ces dernières sommes sont elles aussi reversées par la centrale aux magasins, alors pourtant qu'elles rémunèrent des prestations de référencement et/ou d'achat réalisées, non par eux, mais par elle-même auprès des fournisseurs. Et c'est là que les pistes se brouillent, et que sans doute le Ministre s'embrouille aussi.

II. – Resserrement de l'analyse du déséquilibre significatif sur les seules rémunérations de la centrale

La configuration de ce montage contractuel, et surtout cette dernière donnée, ont conduit le Ministre à en avoir une compréhension erronée. Celui-ci s'est fourvoyé, et à un double titre.

Indifférence des arrangements financiers intra-groupe.

Contrairement à ce qu'il prétend, ces différents éléments ne reviennent pas à faire « *peser exclusivement sur les fournisseurs le financement intégral* » de l'activité de la centrale, puisqu'elle n'en est pas la bénéficiaire effective, mais bien les hypermarchés. La centrale, elle, a pour seule source de revenus la redevance annuelle perçue de ses affiliés. Probablement – mal – inspiré par d'autres affaires stigmatisant la pratique dite de « *la corbeille de la mariée* » destinée à faire financer par les fournisseurs le fonctionnement ou la réorganisation d'un modèle de distribution (par ex. le développement du commerce de proximité par Carrefour *via* la mise à la charge des fournisseurs d'une remise supplémentaire, T. com. Paris, 22 févr. 2021, n° 2016071676, *Lettre distrib.* 04/2021, p. 1, obs. S. Chaudouet ; V. déjà Cons. conc., déc. n° 93-D-21 du 8 juin 1993 *Corax* ; n° 03-D-11 du 21 fév. 2003 *Opéra*), le Ministre s'est donc trompé de cible. D'autant plus qu'il juge le montage

en question illicite en puisant à d'autres sources des arguments indifférents au déséquilibre significatif. Peu importe en effet les accords financiers intra-groupe. Car il faut noter que les quatre sociétés Carrefour en cause étaient des filiales détenues à 100 % par une même société (GBH). Certes, il n'est pas « *logique* » selon ses termes repris par la Cour que la centrale reverse aux hypermarchés des sommes qui ne leur reviennent pas de droit, puisqu'elles sont la contrepartie, on l'a vu, de services qu'elle rend directement aux fournisseurs. Mais ces flux financiers, ces « *prix de transfert* » ainsi que les qualifie le Ministre, en somme ces arrangements comptables (qui permettent, selon la Cour, une diminution du chiffre d'affaires de la centrale qui, sinon, devrait être double – « *redevance magasins et facturation prestation de Profima aux fournisseurs* » –), peut-être répréhensibles par ailleurs sous un angle fiscal notamment, ne le sont pas au titre du déséquilibre significatif.

Absence de déséquilibre significatif. Et pour cause, ils ne portent pas préjudice aux fournisseurs. Là est le critère de resserrement de l'analyse selon la Cour du déséquilibre significatif. Certes, le Ministre est le gardien de l'ordre public économique, censé transcender et dépasser la garantie des seuls intérêts des fournisseurs, caractère autonome de son action oblige, mais il semble ici avoir visé trop large. Il s'est en effet évertué à caractériser ce déséquilibre par des détours, finalement inutiles, par l'interdépendance des contrats constituant l'ensemble contractuel précédemment exposé, par le caractère tripartite de cette opération (centrale – affiliés – fournisseurs), donc par des contrats tiers – entre la centrale et ses affiliés ou entre ceux-ci et les fournisseurs – et à toutes les réductions de prix prévues par ailleurs dans les autres conventions (au titre notamment des conditions de vente dans les contrats entre distributeurs et fournisseurs). En vain puisque, au sein de ce montage, seule est problématique la rémunération potentiellement préjudiciable aux fournisseurs, à savoir la « *réduction de prix* » qui les concerne directement, celle précisément qu'ils versent à la centrale pour les prestations qu'elle réalise à leur bénéfice. L'analyse est ainsi recentrée sur cette unique rémunération, sur son principe-même, et non sur l'adéquation de son *quantum* au service rendu ainsi que le précise le Ministre. Or tout déséquilibre est écarté, lequel, de manière constante, doit correspondre à une absence totale de réciprocité entre les obligations ou à une absence de contrepartie à une obligation. Ce second cas est ciblé, puisque « *ces services sont effectivement rendus, étant observé qu'il n'est contesté par le Ministre ni la légitimité d'une rémunération de Profima par les fournisseurs ni que le versement de cette réduction de prix par les fournisseurs correspond à la rémunération d'une prestation réelle* ». En outre, le Ministre ne soutient pas que cette rémunération sous forme de réduction de prix correspondant à 1% du chiffre d'affaires HT réalisé par le fournisseur avec les magasins serait « *manifestement disproportionnée au service rendu* ». En somme, « *le fait que [...] la société Profima [ne soit] en définitive rémunérée pour ses prestations tant à l'égard des fournisseurs qu'à l'égard des magasins par la seule redevance annuelle des magasins [...], n'est pas en soi préjudiciable aux fournisseurs dès lors que ceux-ci n'ont pas "sur-payé" la prestation de référencement dont ils ont effectivement bénéficié* ». De sorte que cette rémunération « *correspond à une contrepartie réelle de la part de la société Profima au titre de ses prestations de centrale de référencement ou centrale d'achat* ». Au vu de cette appréciation des juges, la demande du Ministre aurait sans doute eu plus de chances d'aboutir s'il s'était fondé, non pas sur le 2°, mais sur le 1°, de l'anc. art. L. 442-6, I, C. com. – nouv. art. L. 442-1, I. Il n'en demeure pas moins qu'un certain mélange des genres, voire confusion, continue d'être entretenu entre ces deux dispositifs, le 1° tendant à nourrir l'appréciation du 2° lorsque les clauses litigieuses touchent aux conditions tarifaires ou au prix du contrat (initiée par la CEPC, Avis n° 15-21 ; n° 17-3 ; V. déjà not. T. com. Paris, 22 févr. 2021, n° 2016071676). Augurons qu'à terme une ligne de démarcation plus franche sera tracée entre ces deux dispositifs afin de conserver à chacun sa spécificité propre, sauf à douter de la pertinence de leur maintien côte à côte : au 1°, le contrôle d'un déséquilibre économique tenant au prix ; au 2°, celui des déséquilibres de nature purement juridique (en ce sens, S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, n° 248 ; V. cep. Cons. const., déc. n° 2022-1011, 6 oct. 2022 : Focus N. Ereseo, *supra*).

Reste que le Ministre essuie un nouveau revers (rapp. la faible force probante des PV anonymisés de fournisseurs qu'il produit, Cass. com., 11 mai 2022, n° 19-22242, *L'Actu Concurrence*, juin 2022, note R. Amaro ; CCC 2022, n° 7, comm. 117, note N. Mathey ; D. 2022, 1795, note S. Chaudouet) et que les enseignes de la grande distribution sont, de leur côté, de moins en moins dans la tourmente du déséquilibre significatif.

S. Chaudouet

CA Paris, 8 septembre 2022, n° 19/16689

Justifier un déséquilibre significatif peut le « sauver »

Faits. La société Davyco vend ses produits à la société Achats Marchandises Casino (AMC), centrale de référencement du groupe Casino, qui négocie et signe les accords conclus avec les fournisseurs au nom et pour le compte des sociétés dudit groupe, dont l'un des mandants est la société Distribution Casino France (DCF), également filiale du Groupe Casino, qui a pour objet d'assurer l'exploitation des magasins et la vente au détail.

Problème. Outre la question de la rupture brutale des relations commerciales due à une baisse de commandes, Davyco assigne en dommages et intérêts les deux sociétés Casino sur le fondement du déséquilibre significatif. Fait suffisamment rare pour être souligné, puisqu'il s'agit ici d'un opérateur, et non du Ministre, qui est à l'initiative de l'action, n'ayant, de ce fait, probablement plus grand-chose à perdre.

Solution. Cela étant, la Cour déboute le fournisseur, tant sur le plan de la soumission (I) que sur celui du déséquilibre significatif (II). Mais il est à noter qu'elle ne fait pas preuve de la plus grande des rigueurs, n'appréciant pas condition par condition, soumission puis déséquilibre significatif, mais mêlant souvent les considérations tenant à l'une pour caractériser l'autre.

I. – Absence de soumission – La Cour reproduit les formulations de principe qu'elle expose habituellement en préambule de ses décisions, à savoir, s'agissant de la soumission, que « *l'existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la preuve de l'absence de pouvoir réel de négociation de celui qui se prétend victime d'une soumission ou d'une tentative de soumission à un déséquilibre significatif mais il doit le prouver, par exemple en démontrant l'exclusion de toute possibilité de négociation* ». Malgré ce, beaucoup de choses relèvent du domaine de l'implicite dans cette décision, parmi lesquelles la répartition de la charge de la preuve de la soumission que la Cour met en œuvre, sans pourtant le formaliser clairement. Pour rappel, en substance, il incombe au demandeur d'établir l'absence de négociation effective des clauses litigieuses, à charge pour le défendeur de justifier, en miroir, la réalité d'une telle négociation (not. Com., 20 nov. 2019, n° 18-12823, not. CCC 2020, comm. 6, N. Mathey ; *Lettre distrib.* 12/2019, p. 1, obs. S. Chaudouet). Or la Cour relève que « *s'il n'est pas justifié d'échanges entre les sociétés cocontractantes quant à l'élaboration des accords commerciaux, le paragraphe 4 de l'accord commercial signé entre les parties [...] est intitulé "respect des conditions négociées" et il est rappelé que : "à l'issue de la négociation, le fournisseur fera parvenir à EMC Distribution une facture pro forma reprenant l'ensemble des réductions de prix négociés sur facture. Le présent accord commercial, établi conformément aux dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce, fixe l'accord des parties sur les modalités d'exécution de leurs obligations respectives. S'agissant des services visés au 2° de l'article L. 441-7 [...], des contrats d'application préciseront les modalités de la fourniture desdits services et notamment les produits auquel ils se rapportent"* ». En bref, « *ce contrat a servi de base aux parties dans leurs relations* ». Par ailleurs, le fournisseur « *précise que les accords commerciaux ayant pour objet de définir les conditions commerciales applicables, et notamment les remises des ristournes (sic), ont été signés chaque année entre les parties et annexés au contrat cadre* ». Outre que les juges soulignent que « *si les différentes conventions portent la mention "Groupe Casino EMC Distributions" et sont pré-rédigées, les mentions relatives aux marchandises sont nécessairement adaptées au marché, et caractérisent l'aboutissement d'un accord entre les parties comme le démontre la rédaction précise des clauses* », auquel s'ajoute le fait que « *les conventions étant renouvelées annuellement, la société Davyco avait également la possibilité de renégocier ou faire évoluer les clauses, l'ancienneté et le volume d'activité réalisés permettant de peser dans la négociation. Elle ne démontre avoir effectué aucune démarche en ce sens* ». En cela, bien que l'on puisse douter que face à une enseigne de la grande distribution il soit véritablement possible de négocier, voire de renégocier, d'autant qu'en l'occurrence il s'agissait pour l'essentiel de MDD, le fournisseur est débouté car, conformément à la jurisprudence constante, il n'apporterait pas la preuve de ce qu'il a essayé de faire modifier ou supprimer les clauses litigieuses, serait-ce en vain.

Bien que la Cour ne le dise pas explicitement, Davyco succombe dans la preuve qui lui incombe d'une absence de négociation de telles clauses.

II. – Absence de déséquilibre significatif – Pour ce qui est du déséquilibre significatif qui serait créé par les clauses litigieuses, la Cour rappelle à nouveau sa position constante, à savoir que « *le déséquilibre significatif est le plus souvent caractérisé par une absence de réciprocité des prérogatives contractuelles ou par une disproportion entre les droits et obligations des parties. Le déséquilibre significatif doit être examiné au regard de l'analyse des clauses imposées dans la convention en tenant compte des contreparties accordées, et de l'équilibre économique*

de l'opération ». La mettant en application, les problèmes posés sont différents selon les clauses en jeu.

Pénalités. La clause de pénalités pour retard de livraison ou défaut de conformité échappe au grief car, « les clauses [devant] être analysées en fonction de la nature de la marchandise vendue », elles « doivent être considérées comme acceptables pour des articles de textile au regard des exigences légitimes des consommateurs auxquelles sont confrontés les distributeurs, seule la société Davyco pouvant intervenir sur les modalités de fabrication et la livraison des articles ». Par « acceptables », il faut sans doute comprendre que ce motif constitue une raison valable pour sauver le déséquilibre que cette clause crée *a priori* ; autrement dit, un déséquilibre significatif pourrait bien être constitué *prima facie* au regard de la clause litigieuse, mais il est justifié par ce motif légitime (sur cette démarche, S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, n° 576 et s.). Cette analyse semble être confortée par la Cour, qui pousse le raisonnement un peu plus loin dans l'arrêt, au regard de l'anc. art. L. 442-6, I, 8° C. com., « disposition spécifique », mais, chose intéressante, « qui est incluse dans la demande présentée au titre du déséquilibre significatif ». Par où l'on comprend, du fait d'une telle absorption de l'une de ces pratiques dans l'autre, que cette disposition ait été supprimée lors de la cure d'amaigrissement dont a fait l'objet l'anc. art. L. 442-6 à l'occasion de l'ordonnance du 24 avril 2019. C'est cependant sans compter sur la réintroduction depuis d'un dispositif spécifique aux pénalités logistiques à la faveur de la loi « Asap » du 7 décembre 2020 (cf. art. L. 442-1, I, 3°, qui renvoie aux art. L. 441-17 et 18). Ainsi les pratiques de l'espèce seraient-elles sans doute mieux encadrées aujourd'hui (quoique le dispositif ne soit pas franchement limpide, en témoigne la FAQ de la DGCCRF). Il ressort néanmoins des faits que la clause ici critiquée aurait probablement rempli les exigences nouvelles, principalement la possibilité pour le fournisseur de vérifier et de contester les griefs et, partant, les pénalités y afférentes. Étaient en l'occurrence produites « 23 factures relatives à des colis ou articles manquants, à des anomalies de colis, à des erreurs de prix. La nature, le nombre et les références des articles concernés, ainsi que les motifs de retour mentionnés sur les factures permettaient à la société Davyco de remettre en cause les facturations qui n'ont donné lieu à aucune contestation ». De plus, « il est stipulé dans [...] l'accord commercial [...] que préalablement à la facturation, Casino met à disposition du fournisseur les informations relatives au calcul [des] pénalités de rupture et de retard. Ces informations sont mises à la disposition du fournisseur sur le portail fournisseur (Casino Connect) du groupe Casino. Le fournisseur dispose sur le portail d'un espace lui permettant d'apporter [...] ses éléments de réponse, en cas de contestation des pénalités calculées ». En somme, le contradictoire serait respecté avant la mise en application de pénalités, qui n'est alors pas discrétionnaire de la part du distributeur.

Taux de service. La clause prévoyant un taux de service de 98,5 % et 99 % pour les produits permanents et de 100 % pour les produits promotionnels, certes lourde pour le fournisseur, trouve toutefois une explication dans « la communication spécifique réalisée auprès des consommateurs et des sanctions spécifiques applicables en cas de non-respect des annonces promotionnelles » (V. déjà sur ces clauses, Com., 3 mars 2015, n° 13-27525 ; Paris, 19 avr. 2017, n° 15/24221), outre que « ce taux de service s'explique [...] par le contexte très concurrentiel dans lequel les parties évoluent » (comp. un contexte de guerre des prix entre enseignes n'ayant pas permis de « racheter » un déséquilibre car n'étant pas une « circonstance atténuante », Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187). D'autant que la société Davyco ne démontre pas l'absence de négociation préalable à la fixation de ces taux, d'où une fois de plus un amalgame dans l'appréciation des deux conditions successives du dispositif.

Remises. La société Davyco conteste enfin les remises qu'elle devait consentir à la société Casino, mais celle-ci indique « qu'une partie de ces remises correspond à "des remises entrepôts" en contrepartie desquelles le fournisseur était autorisé à livrer la marchandise dans un entrepôt géré par le distributeur qui se chargeait de l'approvisionnement magasin par magasin, ce qui constituait en contrepartie un service logistique et donc une économie pour le fournisseur ». L'existence d'une telle contrepartie suffit donc à sauver, à nouveau, une obligation qui pourrait être particulièrement lourde *a priori*, voire déséquilibrée, pour le fournisseur (rapp. notre thèse préc., n° 557 et s.).

S. Chaudouet

CA Bordeaux, 21 septembre 2022, n° 19/06602

Fusion-absorption de la société agent commercial égale cession non-autorisée du contrat

Faits. Un contrat d'agence commerciale est conclu en 2007 pour la diffusion de vins et spiritueux, entre un mandant et un agent personne morale (EURL dont l'associé unique était le gérant, dénommée

Oenophil et immatriculée au RCS de Bayonne). Le contrat affirme expressément son caractère *intuitu personae* et impose en conséquence l'agrément préalable et écrit du bénéficiaire d'un transfert du contrat, agrément pour lequel le mandant dispose d'un délai de deux mois. Le contrat ajoute que sa cession au mépris de ces exigences est une faute grave. Souhaitant céder le contrat à un tiers, l'agent présente ce dernier au mandant sans, manifestement, formuler de demande claire d'agrément ; lequel n'a pas été expressément accordé par le mandant. Le candidat cessionnaire a alors constitué une société portant également la dénomination Oenophil mais immatriculée au RCS de Pau. La société paloise a alors acquis l'ensemble des parts de la société bayonnaise avant que ne soit décidée, le même jour, une fusion absorption de la société bayonnaise, fille, agent commercial et absorbée, par la société paloise, société mère et absorbante.

Quelques jours après cette fusion-absorption, le mandant, arguant de la cession d'activité par l'agent sans information préalable et sans avoir obtenu l'agrément exigé, informait la société absorbée de la rupture du contrat d'agence, sans préavis ni indemnité. La société absorbante y réagissait, en réclamant judiciairement au mandant le versement d'une indemnité de rupture (outre le paiement d'arriérés de commissions). Cette demande étant accueillie en première instance, le mandant interjetait appel, soutenant que l'opération de fusion-absorption sans information ni agrément préalables du mandant constituait une opération de cession irrégulière constitutive d'une faute grave privative de préavis et d'indemnité en application de l'article L. 134-13 C. com.

Problèmes. Il s'agissait principalement de déterminer si une opération de fusion-absorption non-agrémentée par le mandant constitue une cession irrégulière du contrat d'agence. Cette interrogation se prolongeait sans celle de savoir si un tel comportement est susceptible de recevoir la qualification de faute grave privative de préavis et d'indemnité de cessation de la relation.

Solution. Infirmant le jugement de première instance et inclinant en faveur du mandant, la Cour d'appel répond positivement à ces deux questions, en des termes qu'il convient de reproduire : « Les opérations de fusions emportent transmission universelle du patrimoine de l'absorbée vers la société bénéficiaire de la fusion. Cette règle connaît cependant une exception en matière de contrats *intuitu personae* qui ne peuvent être transmis qu'avec l'accord du mandant. Or, le contrat d'agence commerciale est un contrat *intuitu personae*. Dès lors, contrairement à ce que soutient l'intimée, il existe bien un débat sur la régularité de la cession de ce contrat qui ne peut résulter, comme elle le soutient à tort, des seules opérations de fusion-absorption. Le contrat conclu entre la société Oenophil et son mandant en 2007 comporte ainsi une clause relative aux modalités de cession du contrat d'agent commercial. Ce type de clauses encadrant le droit de cession est par principe licite sauf à interdire toute cession, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il appartenait dès lors à l'agent commercial souhaitant céder ses parts de respecter les modalités de cession définies par ladite clause. [...] l'intimée ne démontre pas que [le mandant] a donné son accord ferme et définitif à cette cession de contrat d'agence commerciale [...] ou qu'elle remplisse les conditions pour se prévaloir d'un accord tacite du mandant. En effet, il n'est pas produit d'accord écrit du mandant à cette cession. S'agissant d'un accord tacite, il ne pourrait résulter que d'un silence du mandant deux mois après que celui-ci ait été informé du projet de cession. Or, aucune des pièces produites aux débats ne permet d'établir que le mandataire aurait informé son mandant de son éventuel projet de cession [...]. La cession [...] contrevient ainsi aux dispositions de la clause 12 précitée. [...] La cession du contrat d'agence commerciale est donc intervenue sans l'accord du mandant. Elle n'est pas nulle, puisqu'une telle sanction n'est pas prévue par le contrat, mais constitue une faute contractuelle qui justifie la résiliation anticipée du contrat pour faute grave du mandataire sans indemnisation pour celui-ci. Dès lors, la société Oenophil intimée, venant aux droits de la société lui ayant cédé son contrat d'agence commerciale, a bien qualité à agir. Sur le fond cependant, elle ne justifie cependant pas avoir été victime d'une rupture abusive du contrat d'agence commerciale. ». Ainsi l'opération de fusion-absorption constitue une cession non-autorisée du contrat d'agence commerciale, sanctionnée par une rupture à l'initiative du mandant, sans préavis ni indemnité.

Analyse. Si la solution semble conforme à l'esprit du contrat d'agence commerciale (I.), ses ressorts techniques manquent de cohérence (II.).

I.- La cession du contrat sans préavis ni indemnité semble conforme à l'esprit du contrat d'agence commerciale – D'intérêt commun, ce contrat est traditionnellement considéré comme conclu *intuitu personae*, en considération de la personne de l'agent. Il en résulte, comme la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de le décider, de première part, que la cession non-autorisée du contrat constitue un comportement grave justifiant la rupture sans préavis ni indemnité (Com., 14 janv. 1997, n° 94-21.795) et relevons d'ailleurs que la

qualification de faute grave, retenue par la jurisprudence, est indépendante de la qualification contractuelle de certains comportements pour relever de l'appréciation des juges (Com., 28 mai 2002, n° 00-16.857) ; de deuxième part, que le changement de contrôle de la société agent commercial doit faire l'objet d'une information du mandant (Paris, 24 oct. 2018, Lettre distrib. 11/2018 et nos obs.) ; de dernière part, que ce contrat n'a pas vocation à circuler à titre universel dans le cadre d'opérations sociétaires comme les fusions ou les apports partiels d'actifs soumis au régime des fusions, sans l'accord du cédé à tout le moins (Com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987).

Le caractère *intuitu personae* du contrat était en l'espèce souligné par les stipulations contractuelles et tout militait ainsi en faveur d'une libération sans frais du mandant qui semblait, par surcroît, ne pas avoir été informé du changement de contrôle de la société agent commerciale finalement absorbée.

La position de la Cour est ainsi compréhensible, du moins quant à son résultat.

II.- Les arguments techniques mobilisés pour y parvenir n'en manquent pas moins de cohérence – La Cour commence par rappeler le principe selon lequel la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ne porte pas sur les contrats *intuitu personae*, sauf à obtenir l'accord du contractant cédé – de manière expresse ou tacite – ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Le contrat d'agence, en tant qu'*intuitu personae*, avait ainsi vocation à ne pas être transmis à la société absorbante. Pourtant, la Cour estime que la cession est intervenue, en dépit de l'absence d'accord du mandant, sans pouvoir être frappée de nullité faute de stipulations contractuelles en ce sens. Cette cession confère ainsi qualité à agir à fins d'indemnisation à la société absorbante, qui doit néanmoins succomber en sa demande compte tenu de la faute grave commise par l'absorbée. Ce raisonnement semble comporter une imprudence et une incohérence. L'imprudence réside dans l'évocation d'une nullité conventionnelle de la cession pour défaut d'accord du contractant cédé. Si la nullité conventionnelle est désormais expressément envisagée par l'article 1178, al. 1^{er} C. civ., elle consiste dans le constat d'une nullité par les parties. Encore faudrait-il donc que le défaut d'accord du cédé soit une cause de nullité de la cession, ce qui est loin d'être certain. L'inopposabilité de la cession non-autorisée pourrait tout aussi bien être retenue.

L'incohérence, plus grave, réside quant à elle dans l'affirmation simultanée de la soustraction du contrat d'agence à l'effet translatif de la fusion et de l'intervention de la cession via ladite fusion. Les contrats *intuitu personae* n'étant pas transmis, la société absorbante n'en est pas devenu titulaire et aucune cession effective ne peut dès lors être caractérisée. La société absorbée disparaissant à l'occasion de cette opération, ne peut plus être titulaire du contrat d'agence qui, toujours en raison de son caractère *intuitu personae*, s'éteint à l'occasion de la dissolution de l'absorbée. Il apparaissait ainsi inutile, pour le mandant, de rompre un contrat éteint par la fusion et, par conséquent, à l'initiative de l'agent puisque l'absorbée donne son accord à l'opération de fusion dont elle ne peut ignorer qu'elle affectera les contrats *intuitu personae*. C'est ainsi le 1^{er} - et non le 2^e - de l'article L. 134-13, qui justifierait l'absence de droit à indemnité de cessation. Enfin, quant à la qualité pour agir de l'absorbante, elle résulte de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée : dès lors que cette dernière est en position de faire valoir des droits résultants du contrat d'agence, l'absorbante en est la légitime continuatrice. Il pourrait en être ainsi au titre de l'indemnité de fin de contrat dans l'hypothèse où l'agent absorbé aurait informé le mandant du projet de fusion et demandé son accord, cet accord étant refusé sans aucune justification. Dans ce cas, l'absorbée pourrait faire valoir une rupture issue de la fusion mais imputable au mandant, ouvrant droit à une indemnité de rupture dont l'absorbante pourrait demander paiement.

S. Brena

pour une durée de 7 ans, prévoyant la fourniture de lait de vache cru et renouvelés automatiquement pour 5 ans en 2019. Savencia était l'acheteur unique des volumes laitiers produits par les producteurs des OP. Ces contrats cadres, qui prévoyaient des dispositions relatives à la fixation du prix du lait collecté auprès des éleveurs adhérents, ont donné lieu à plusieurs avenants et protocoles d'accord. Après une médiation infructueuse devant le médiateur des relations commerciales agricoles sur certaines demandes de l'AOP, cette dernière a saisi en septembre 2021 le Tribunal judiciaire dans le cadre de la « *procédure accélérée au fond* » telle que prévue à l'article L. 631-28 CRPM, dont l'objectif est, dans les conditions fixées par ce texte, de permettre une résolution rapide des litiges en matière contractuelle portant sur des contrats ou accords-cadres (de l'article L. 631-24 CRPM) ayant pour objet la vente de produits agricoles et alimentaires. L'AOP demandait la condamnation de Savencia pour inexécution de ses obligations contractuelles sur le prix du lait payé aux producteurs et négocié entre l'industriel et l'AOP, à raison d'une fixation qu'elle estimait unilatérale de ce prix. Il était notamment sollicité le rétablissement entre les parties des dispositions contractuelles et notamment celles permettant la détermination de ce prix au titre de 2020 et 2021. Le Tribunal Judiciaire de Coutance a condamné à hauteur de quasiment 26.000.000 euros les deux sociétés assignées du transformateur Savencia. L'exécution provisoire n'a pas été ordonnée. Selon nos informations, la décision fait l'objet d'un appel du transformateur.

Problèmes. Cette affaire concentre un nombre important de sujets tels que la compétence juridictionnelle du Tribunal saisi dans le cadre de la procédure accélérée au fond, la recevabilité de l'action diligentée à l'encontre de l'une des sociétés du transformateur, le pouvoir de l'AOP pour agir au nom des producteurs, l'intervention du médiateur des relations commerciales agricoles, une QPC rejetée du défendeur sur le dispositif de l'article L. 631-28 CRPM ou la demande de transmission d'une question préjudicielle soulevée par le défendeur sur la compatibilité de l'article précité avec les dispositions du règlement OCM n° 1308/2013.

Seul retiendra notre attention celui, abordé sous divers angles dans la décision, de la question de la détermination du prix du lait au travers d'une « *formule* » notamment d'évolution de ce prix, dans les accords cadre et ses actes modificatifs tels qu'avenants et protocoles d'accord. Comme déjà indiqué, les moyens de l'AOP tendant au rétablissement entre les parties des dispositions contractuelles font ressortir trois problèmes. En premier lieu, celui de l'inexécution du contrat liant les parties et de la responsabilité de l'une d'entre elles à raison de sa faute dans l'exécution de ses obligations. En deuxième lieu, celui de la formation du contrat et de la nullité d'un protocole emportant fixation du prix du lait entre les parties en raison des circonstances ayant présidé à sa conclusion. En troisième lieu, celui de la fixation du prix sur une période déterminée, ponctuellement, sans prévision d'une formule permettant de déterminer à l'avance le prix du lait passée cette période. Le jugement, très riche en développements, nous contraint à devoir prendre comme parti celui de devoir en cibler les motifs les plus saillants, avec risque et regret d'être incomplet.

Solutions

- Sur la méconnaissance par l'une des parties des accords négociés, en l'occurrence un protocole de juin 2018 portant modification de la formule de prix du lait par rapport à celle jusqu'alors en vigueur – Le Tribunal, à la base même de sa motivation et au double visa des articles 1103 et 1194 C. civ., énonce dans sa majeure que « *L'article 1103 du Code civil dispose que 'les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits'. L'article 1194 du même code ne contrarie pas ce principe en rappelant que le contrat oblige les parties à ce qu'elles ont exprimé ainsi qu'à toutes les suites que leur donne l'équité, l'usage ou la loi.* ». Constatant certes, à côté de l'accord sur la formule d'évolution du prix, que le protocole évoquait certains points encore « *en questionnement* », « *il n'en reste pas moins que les parties ont fixé et convenu de la formule d'évolution du prix du lait* ». Et sur la responsabilité contractuelle encourue par Savencia de juger que : « *Il s'ensuit que la rupture de l'accord conclu par voie du protocole de juin 2018 est unilatérale, les efforts de SUNLAIT pour maintenir la formule contractuelle en résultant étant mis en péril par le positionnement concurrentiel de la société SAVENCIA. Cette rupture unilatérale, contraire à la loi des parties, est d'autant plus reprochable à la société SAVENCIA qu'elle est en contradiction avec le mécanisme du prix en cascade institué par la loi EGALIM1 applicable aux parties.* ». Signalons également l'attention portée par le Tribunal sur les options contractuelles qui étaient pourtant offertes par le contrat à l'acheteur, en vue d'une adaptation de la formule devenue indésirable à ses yeux et que celui-ci n'a pas privilégié, préférant méconnaître ses obligations au plan du prix à payer : « *Ensuite, comme cela a été précisé plus haut, les parties ont clairement entendu adopter une formule de détermination du prix du lait sur des critères de référence et indicateurs précis. Si la formule ainsi adoptée ne pouvait trouver à se poursuivre*

Points de vue pratiques

TJ Coutances, 30 août 2022, n° 21/01372

Négociation, convention et unilatéralisme dans la fixation du prix : les ressources du droit des obligations

Faits. Le litige rapporté a pour objet le non-respect reproché par une Association d'Organisation de Producteur de lait (OAP Sunlait ou l'AOP), à deux sociétés du transformateur Savencia (« Savencia »), plus connue au travers de ses marques de produits fromagers (Saint-Moret, Caprice des dieux, Elle et Vire etc), du cadre contractuel déterminant le prix du lait. Les Organisations de Producteurs (les OP) adhérentes de l'AOP avaient signé en 2012 des contrats cadres négociés par l'AOP,

Points du vue pratiques

compte tenu de la variation du prix des matières premières ou des modifications imprévisibles de nature économique ou réglementaire bouleversant l'économie du contrat, il appartenait au groupe SAVENCIA souhaitant maintenir sa compétitivité et ses parts de marchés vis à vis de ses concurrents, d'amorcer une renégociation via les dispositions prévues au contrat cadre, par l'effet des clauses de rencontre ou de renégociation. En s'abstenant de recourir à ces leviers, et en préférant refuser d'exécuter la formule adoptée sans pouvoir en justifier, le groupe SAVENCIA a manqué à ses obligations et ne peut se prévaloir de sa propre turpitude pour renvoyer la responsabilité de son inexécution à l'Association SUNLAIT. ».

- Sur la formation du contrat et de la nullité d'un protocole en date du 29 décembre 2020 fixant le prix du lait – Si le Tribunal estime que l'accord matérialisé par ce protocole vaut avenant au contrat cadre ayant force de loi entre les parties qui se sont engagées, il s'interroge sur les « conditions de négociation » et invalide ledit protocole à raison d'un consentement obtenu dans la violence des circonstances ayant entourées cet accord : « L'article 1143 du même code prévoit qu'il « y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Plus spécialement, le Tribunal ayant constaté la rupture unilatérale et fautive du protocole de juin 2018 (cf. ci-dessus) à compter du 17 octobre 2019, relève qu'« En l'espèce, on ne peut faire abstraction de la pression constante exercée par SAVENCIA depuis la rupture unilatérale des liens contractuels en octobre 2019 refusant d'appliquer la formule de prix résultant du protocole de juin 2018, de la dépendance économique des exploitants laitiers, et des conditions extrêmement difficiles ayant conduit à la négociation entre M. MARCHAIS et SAVENCIA le 29 décembre 2020. La négociation du protocole du 29 décembre s'est effectuée dans un climat d'extrêmes tensions, (...). La pression est incontestablement faite sur l'Association SUNLAIT pour la contraindre à négocier le prix du lait à la baisse et ce, le plus rapidement possible » et d'en conclure, au vu de la manière dont s'est déroulée cette négociation que « De tels procédés doivent être qualifiés de violence, au sens de l'article 1143 du Code civil. ».

- Sur la fixation par un protocole du 29 avril 2021 du prix sur une période déterminée, ponctuellement, sans prévision d'une formule permettant de déterminer à l'avance le prix du lait après cette période – Le Tribunal sanctionne à nouveau l'unilatéralisme constaté. Il juge que « SAVENCIA ne pouvant justifier de la formule adoptée, ni d'un nouvel accord sur la détermination du prix du lait sur la base d'une formule de détermination du prix du lait, il convient de revenir à la base de calcul fixée par le protocole de juin 2018, seul acte contractuel de détermination du prix susceptible de constituer un avenant au contrat-cadre, dont SAVENCIA a fautivement refusé de poursuivre l'exécution. La formule du prix posé par ce protocole de juin 2018 doit en conséquence être appliquée sauf meilleur accord. Le protocole de décembre 2020 étant considéré comme nul, et le protocole d'avril 2021 ne pouvant valoir fixation d'un prix que sur la période qu'il détermine, ne remet pas en cause l'application du protocole de juin 2018, qui en l'absence d'accord ultérieur, doit servir de base à la fixation du prix du lait. ».

Observations. La portée pratique d'une décision ne dépend pas nécessairement du rang de la juridiction qui la produit ou de son ressort territorial et il y a fort à parier que ce jugement, ayant retenti dans la presse spécialisée (La France Agricole), soit scruté par les opérateurs des filières concernées et au-delà, pour en dégager la portée pratique. Les remous de l'actualité témoignent en effet des tensions persistantes sur la question (Les sociétaires Sodiaal du Grand Ouest passent à l'offensive. C. Pruilh, Réussir Lait, 27 sept. 2022 ; Sodiaal accusée de ne pas respecter la loi. V. Guyot, La France Agricole, 5 oct. 2022). Les sujets qu'inspirent cette affaire sont si nombreux qu'il est difficile de les sélectionner aux fins d'un traitement qui n'en restera que trop succinct. On songe évidemment à celui de la négociation contractuelle amont dans le secteur laitier (à *rapp.* Avis CEPC n° 17-11, Lettre distrib. 12/2017 et n° 20-1, Lettre distrib. 06/2020, *nos obs*), exposé depuis de longue date à des tensions entre producteurs et transformateurs mais aussi à d'autres branches, nombreuses, où se rencontre le sujet de la répartition de valeur dans la chaîne d'approvisionnement. Cette affaire témoigne aussi du caractère parfois périlleux du choix des indicateurs pris en compte dans la formule de détermination du prix sur la durée, lorsque cette formule ne trouve plus grâce aux yeux de l'une des parties. C'est d'ailleurs l'épicentre du litige. Pourtant, malgré la récurrence des tensions entre les acteurs sur la répartition de la valeur (du producteur au distributeur), à l'origine de la multiplication des lois à visées correctives, l'on ne peut jusqu'alors, à notre connaissance, que constater la rareté du contentieux amont. D'où le caractère inédit de cette affaire, en ce compris au niveau des condamnations prononcées. Certes, les

acteurs de l'amont de la production agricole ou leurs organisations représentatives, avaient déjà eu maille à partir avec ceux de l'aval, sur des fondements issus de la réglementation des PRC (Caen, 18 mars 2008, n° 06/03554, Lettre distrib. 07-08/2009, *nos obs.*), à l'occasion de contentieux relevant de juridictions spécialisées. Il aurait pu encore en être ainsi, lorsqu'il apparaît que l'affaire rapporte des situations de déséquilibre, de dépendance ou de pression. A titre d'exemple, l'exercice de pressions exercées sur le partenaire pour forcer son adhésion, comme aussi relevé en l'espèce par les juges, est par ailleurs pris en considération pour établir la soumission en matière de déséquilibre significatif (D. et N. Ferrier, Droit de la Distribution, 9^e éd. Lexis Nexis 2020, n° 338. *Rapp.* Trib. Com. Paris, 6 juillet 2021, n° 2016064825, Lettre distrib. 09/2021, *nos obs.*) Il est en de même pour la relation de dépendance en tant qu'indice d'une soumission éventuelle (D. et N. Ferrier, préc.). Et pourtant, nulle évocation de pratiques restrictives dans la présente décision, alors même que l'on peut noter dans la Recommandation du médiateur du 19 mars 2021 rendue publique en application de l'article L. 631-27 al. 9 CRPM et ayant précédé l'assignation que « Sans préjudice de l'interprétation des tribunaux éventuellement saisis, il n'est pas exclu que la fixation unilatérale du prix dans une telle situation de dépendance puisse caractériser un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de la jurisprudence relative à l'article L. 442-1 du Code de commerce. ». L'affaire convoque donc - simplement - les principes du droit des obligations : vice du consentement (la négociation dure oui, la négociation brutale non), inexécution (il ne faut pas s'affranchir de ses obligations), détermination conjointe du prix ou des éléments y conduisant (le prix ou sa détermination doit être convenu). Après tout, le droit civil peut appréhender de telles situations là où l'on n'a pas pris pour habitude de le voir pleinement mis en œuvre. Il constitue même une base légale traditionnelle et pertinente pour, par exemple, sanctionner la partie qui s'affranchirait à sa seule convenance des obligations contractuelles souscrites ! Exit alors les juridictions spécialisées, les débats parfois techniques sur des textes qui, au gré des lois qui se succèdent peuvent évoluer dans leur contenu, les interprétations parfois fluctuantes et le cas échéant surprenantes, sans compter les assauts fréquents à l'encontre des textes de PRC à l'occasion de QPC aux issues plus ou moins heureuses, mais qui ralentissent *in fine* le traitement des affaires. Sur ce dernier point, signalons que le litige rapporté, bien que dans le cadre d'une procédure accélérée au fond, n'a pas été épargné par une telle démarche, infructueuse. Mais à mieux s'y pencher, l'approche, même de manière incidente, des abus dans la négociation commerciale par le droit civil est-elle aussi inédite qu'il y paraît ? De longue date, il est des décisions qui, directement ou en filigrane, nous orientent sur une réponse négative (ex. Com., 18 oct. 2001, n° 10-15.296 : Lettre distrib. 11/2006, *nos obs*). L'affaire est donc des plus captivante en ce qu'elle invite, par les fondements évoqués par le demandeur et retenus par le Tribunal, à songer plus fréquemment au droit des obligations, à titre principal ou subsidiaire, voire complémentaire. La négociation commerciale se verrait ainsi plus fréquemment placée sous la surveillance du droit des pratiques restrictives (de concurrence), complétée par celle des pratiques restrictives (de droits civils). Peut-être même s'agit-il, au gré des affaires et à défaut d'être une alternative nouvelle car déjà existante comme en témoigne la décision rapportée, d'une redécouverte du consensualisme, de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats. Même s'il reste nécessaire de prêter attention à l'articulation entre règles spéciales et règles de droit commun (Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.872, *obs.* S.C.), dans l'hypothèse d'un concours de règles applicables, les ressources offertes par le droit civil (vice du consentement, bonne foi d'ordre public, loyauté, contrepartie illusoire ou dérisoire, exception d'inexécution, etc.) doivent être réexaminées, notamment lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux dérives unilatéralistes voire autoritaires, de certains acteurs dans la négociation commerciale, de même que dans l'interprétation ou l'exécution des accords qui en découlent. Au-delà des négociations annuelles, l'actualité récente des renégociations peut procurer matière à ce faire.

J-M. Vertut

Cass. com., 28 septembre 2022, n° 19-19.768

Non-communication de conditions catégorielles de vente

Faits. Les structures de regroupement à l'achat (SRA) et les centrales d'achat pharmaceutiques (CAP) ont été instituées par le législateur afin de permettre de développer les ventes directes par les laboratoires pharmaceutiques aux pharmacies d'officine, avec pour objectif de faire cesser les pratiques de récession illicites entre pharmacies, tout en faisant baisser les prix des médicaments non remboursables et développant incidemment l'automédication. Les

Points du vue pratiques

laboratoires n'ayant pas suffisamment favorisé ces structures dans la construction de leur offre tarifaire, les pharmaciens ont continué à avoir recours aux rétrocessions illicites.

C'est dans ce contexte que naît le contentieux initié par la société Cooper (ci-après « Cooper ») qui reprochait à Pyxis (SRA) et Sagitta Pharma (CAP intervenant comme prestataire logistique) de bénéficier de rétrocessions illicites. Reconventionnellement Pyxis et Sagitta ont reproché à Cooper, sur les fondements des anciens articles L441-6 et L442-6 I 9°) C. com., de leur refuser le bénéfice de ses conditions catégorielles « officine », et de les soumettre à ses conditions « grossistes » moins favorables. En effet, Cooper avait construit une politique commerciale différenciée autour de trois catégories de clients, les officines indépendantes, les officines groupées et les grossistes.

Le Tribunal et la Cour d'appel ont accueilli les demandes de la société Cooper, mais, la Cour d'appel de Paris (4 juill. 2019, n° 125/14522, Lettre distrib. 09/2019, K. Biancone) sur renvoi après cassation (Com., 29 mars 2017 n° 15-27811, Lettre distrib. 04/2017, J-M. Vertut), avait procédé à une analyse précise du cadre légal, de la politique commerciale catégorielle de Cooper et des relations entre le laboratoire, la SRA/CAP et les officines pour en conclure que le statut de commissionnaire de Pyxis la différenciait d'un grossiste puisque le transfert de propriété des produits s'opérait dans le patrimoine de l'officine. En conséquence, au regard de la politique commerciale catégorielle de Cooper, Pyxis et Sagitta devait être traitée comme l'« officine » d'ordre et pour compte elle agissait.

Sur pourvoi, Cooper demande en substance à la Cour de qualifier l'intervention de Pyxis au regard de sa relation avec le laboratoire fournisseur, agissant comme intermédiaire opaque, et non pas au regard de sa relation avec les officines. En outre, elle reproche à la Cour d'appel de l'avoir condamnée pour non communication de ses CGV, alors même qu'elle avait communiquée à Pyxis les conditions officines mais avait refusé de les lui appliquer, ce qui relevait d'une pratique discriminatoire non condamnable *per se*.

Problème. Une SRA intervenant d'ordre et pour compte d'officines, facturée par le laboratoire fournisseur mais agissant comme mandataire des officines pour négocier et conclure les conditions de la négociation commerciale, se rapproche-t-elle de la catégorie des grossistes ou de celles des officines indépendantes pour l'application des conditions catégorielles de vente ? Le laboratoire qui a communiqué les conditions mais a refusé d'appliquer les conditions catégorielles applicables aux officines a-t-il enfreint l'ancien article L 442-I 9° C. com. ?

Solution. La Cour valide la décision de la Cour d'appel jugeant que : « L'arrêt en déduit que la société Pyxis Pharma agit vis-à-vis de la société Cooper en qualité de commissionnaire à l'achat, qu'elle constitue un opérateur intermédiaire entre le laboratoire et les officines adhérentes, dont elle est le mandataire, lesquelles acquièrent directement la propriété des produits acquis d'ordre et pour leur compte par la SRA. De ces énonciations, constatations et appréciations, abstraction faite de son appréciation surabondante du caractère subjectif du critère de la relation privilégiée, la cour d'appel qui, analysant exactement les relations des parties dans leur ensemble, a souverainement retenu, d'une part, qu'il existait une relation directe entre la société Cooper et les officines de pharmacies passant leurs commandes par l'intermédiaire de la société Pyxis Pharma, d'autre part, que celles-ci supportent, comme les officines commandant directement, des charges de stockage, a pu, sans encourir les griefs inopérants des neuvième, dixième et onzième branches, déduire que la société Pyxis Pharma était fondée à solliciter la communication des conditions générales de vente de la société Cooper accordées aux officines indépendantes, acheteurs dont elle se rapprochait le plus au regard des trois catégories établies par la société Cooper dans son modèle de distribution, et leur application comme socle de la négociation commerciale ».

[...] Il résulte de la combinaison des [anciens articles L 441-6 et L 442, I 9°] que la personne assujettie à ces obligations doit communiquer les conditions générales de vente applicables à tout acheteur de produits ou demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle et que, si sauf abus de droit, il est toujours libre de ne pas lui vendre, il est tenu, lorsqu'il entre en négociation commerciale avec cet opérateur, de le faire sur la base de ces conditions de vente.

La société Cooper n'ayant pas prétendu qu'usant de sa liberté, elle avait refusé de vendre ses produits à la société Pyxis Pharma, fût-ce aux conditions revendiquées par celle-ci, mais ayant admis au contraire qu'elle lui avait proposé d'entrer en négociations, en vue d'un partenariat, sur la base des conditions de vente applicables aux grossistes, ce que cette société avait refusé, c'est à bon droit qu'ayant retenu que ces conditions de vente n'étaient pas celles qui étaient applicables à la société Pyxis Pharma, la cour d'appel en a déduit que la société Cooper avait méconnu les dispositions précitées et avait ainsi engagé sa responsabilité. ».

Analyse.

S'agissant de l'application des conditions catégorielles de vente – La construction catégorielle ne peut être opportuniste, elle doit répondre à des « critères objectifs », qui « ne créent pas un déséquilibre significatif, une entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante ». Pour autant, une fois établie, elle est opposable à celui qui s'en prévaut. En l'espèce, on pourrait penser de prime abord que la Cour de cassation, confirmant l'arrêt d'appel, prend position pour favoriser les flux négociés par les CAP/SRA auprès des laboratoires, ces derniers souhaitant contourner ce type d'acteur pour favoriser les ventes directes. Pourtant, bien que la solution puisse être juridiquement discutée d'un point de vue de l'analyse des relations, le commissionnaire opaque pouvant apparaître du point de vue du fournisseur comme un acheteur/revendeur, il semblerait que soit en cause la construction catégorielle de Cooper qui ne disposait pas de conditions dédiées aux CAP/SRA. En effet, dans une autre affaire opposant Pyxis Pharma (devenue Mon courtier en pharmacie) / Sagitta Pharma et le laboratoire BMS, la Cour d'appel de Paris (2 juin 2021, n° 16/22966, Lettre distrib. 07-08/2021, K. Biancone) a fait droit au refus du laboratoire d'appliquer les conditions catégorielles officines, car il avait, quant à lui, établi une catégorie dédiée aux CAP/SRA. La Cour, pour valider cette catégorie, a jugé que la SRA se différenciait objectivement de l'officine, car elle agit en son nom propre. En outre, la Cour a souligné le caractère « global » des négociations opérées avec la SRA « dans le cadre d'une relation contractuelle dans laquelle le fournisseur ne s'engage qu'à l'égard de la SRA ».

S'agissant du grief de non communication des CGV – Il est particulièrement intéressant de souligner que la Cour retient le grief lorsque le fournisseur, bien qu'ayant communiqué l'ensemble des conditions catégorielles, entre en négociation sur la base de conditions catégorielles dont ne relève pas le demandeur. En effet, l'entrée en négociation induit l'application des conditions générales catégorielles légalement applicables au demandeur. Dans le cas contraire, l'infraction de non-communication serait constituée. Quelle serait alors la stratégie d'un fournisseur ne souhaitant pas contracter ? Au regard du texte actuel (L 441-1) le fournisseur qui a établi des CGV doit les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Une fois communiquées, le fournisseur devrait donc refuser toute entrée en négociation, ce qui signifie n'engager avec l'acheteur aucune discussion quant à son appartenance à une catégorie. La pratique fait aujourd'hui l'objet d'une amende administrative sur le fondement de l'article L 441-1 C. com. mais pourrait également être condamnée au titre d'une pratique restrictive de concurrence applicable aux négociations, telle le fait de tenter d'obtenir un avantage sans contrepartie (L 442-1, 1, 1°) ou celui de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (L 442-1, 1, 1°).

K. Biancone

CA Bordeaux 14 septembre 2022 n° 19/04793

Augmentation du prix par le mandant : déconfiture pour l'agent !

Faits. La société Confitures et traditions confie en exclusivité la commercialisation de ses produits à l'export à la société Gourmet Food export. Un contrat d'agent commercial est conclu à cet effet. Après quelques années de relations, l'agent sollicite la résolution judiciaire de son contrat aux torts de son mandant arguant de manquements graves.

Problème. L'agent soutient principalement que le mandant a brutalement augmenté les prix des produits à l'export et changé de stratégie commerciale, ce qui aurait déstabilisé le bon fonctionnement du contrat, l'aurait préjudicié et justifierait à elle seule la rupture aux torts du mandant.

Solution. Appréciant les preuves communiquées par l'agent, la Cour écarte ses demandes. Ainsi, le courriel dans lequel le mandant lui adresse la grille des nouveaux tarifs applicables « ne justifie cependant que cette augmentation serait anormale, brutale et massive. Elle n'apparaît pas en outre imprévisible compte tenu de l'évolution du prix de vente des fruits nécessaires à la fabrication des confitures, contrainte inhérente au produit, et connue par les professionnels de la branche ». Au contraire « l'intimée justifie [...] avoir déjà adressé à son mandant, ainsi qu'à ses autres clients et agents, la nouvelle grille tarifaire [...] ainsi qu'un courrier expliquant que les prix des fruits avaient fortement augmenté en raison notamment des gelées tardives ». En outre, « il n'est pas en outre démontré de lien entre cette augmentation des prix et la baisse importante du chiffre d'affaires du mandant [...] la société Gourmet food export était fragile puisque les commandes d'un seul client, la société TJX, constituait 80% de son chiffre d'affaires ».

Points du vue pratiques

Observations. L'article L. 134-4 de l'alinéa 3 du code de commerce dispose que « le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ». Sans y faire explicitement référence, la Cour considère que le mandant n'a pas violé cette obligation en augmentant ses prix. Pour ce faire, elle s'intéresse au niveau de l'augmentation tarifaire concernée (jugé ni anormal, ni brutal, ni massif), au contexte concurrentiel et sectoriel dans lequel s'inscrit cette hausse (augmentation connue des professionnels ; événements climatiques expliquant la hausse des matières premières), au comportement du mandant (information et transparence vis-à-vis de l'agent) ainsi qu'à la clientèle à l'origine de la rémunération de l'agent (80% du chiffre d'affaires généré par un seul client). Et la Cour de rejeter les demandes de l'agent, de prononcer la rupture du contrat à ses torts (critiques systématiques de la politique du mandant) et de le condamner à verser 10.000 euros au mandant en indemnisation du préjudice constitué « par une perte de chance de maintenir son activité à l'export » (le mandant était en effet tenu par une clause d'exclusivité au bénéfice de l'agent). D'autres décisions vont en ce sens : tarifs supérieurs de 10 à 15 % par rapport aux prix du marché justifiés ; possibilités pour le mandat de modifier à son gré les prix ; résultats du mandant déficitaires ; aucune discrimination à l'égard de l'agent (Dijon, 12 nov. 2009, n° 09/00887) ; mandant confronté aux fluctuations du marché, aux prix de ses propres fournisseurs, à la variation des taux de change (Reims, 1^{er} juill. 2014, n° 13/01402).

Mais la solution reste incertaine. L'évolution de la politique commerciale et tarifaire du mandant est en effet parfois appréciée à l'aune de ses seules conséquences économiques pour l'agent. Ainsi, les effets néfastes de l'augmentation du prix des produits sur le chiffre d'affaires de l'agent caractérisent la faute du mandant, peu important les nouveaux produits confiés à l'agent si ces derniers ne compensent pas ce manque à gagner (Aix-en-Provence, 5 sept. 2012, n° 11/19255). Encore récemment, la rupture a été jugé imputable au mandant qui avait mis un terme aux relations avec l'un de ses clients dès lors que cette décision avait eu pour effet une réduction drastique des commissions d'agence (Rennes, 26 avr. 2022, n° 21/03494 : Lettre distrib. 05/2022). Ce faisant, les causes importeraient peu, et le mandant devrait automatiquement réparer les conséquences de ces décisions en réglant à l'agent l'indemnité.

Cette insécurité juridique s'accorde mal au contexte actuel – économique, politique et écologique – incertain ; contexte qui nécessite pour les mandants l'adaptation rapide de leur politique commerciale et tarifaire. Ces derniers devront donc expliciter leurs décisions par renvoi à des paramètres économiques, concurrentiels et financiers objectifs ; appliquer en transparence et de façon non discriminatoire ces dernières ; essayer, dans la mesure du possible, d'identifier et de proposer des leviers alternatifs de développement. Et, en cas de contentieux avec l'agent, espérer que l'interprétation du tribunal soit clémente. Il ne faudrait pas en effet que « la situation en vienne à s'inverser radicalement et que ce soit le mandant dont les intérêts soient sacrifiés, au motif que le contrat doit être à tout prix rentable pour son partenaire [...] Ou alors, plus personne n'y comprendra plus rien et ce sera l'impressionnisme absolu ». P-Y Gautier, RTD Civ. 1999 p.646).

A. Louvet

En bref...

Cass. com., 28 septembre 2022, n° 20-22.447

Pratique tarifaire non constitutive d'une imposition d'un prix minimal de revente

Le fait pour un éditeur de chaînes de télévision de subordonner l'offre de mise à disposition de ses chaînes en clair de la télévision numérique terrestre (TNT) à leur inclusion, par un distributeur, dans un bouquet payant, ne peut être assimilé à l'imposition d'un prix minimal ou d'une marge commerciale minimale prohibée par l'article L. 442-5 du code de commerce, et n'est pas, en lui-même, attentatoire aux articles 3-1 et 96-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans sa version applicable au litige.

N. Ferrier

CA Paris, 7 septembre 2022, n° 20/15817

L'indemnisation de la rupture brutale virtuellement comprise dans l'indemnisation de la faute contractuelle... quelle prescription de l'action ?

La prescription quinquennale d'une action en réparation de la rupture brutale d'une relation commerciale établie court à compter de la notification du préavis de rupture et « si en principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à l'autre, il en est autrement lorsque les deux actions, quoi qu'ayant des causes distinctes, tendent à un seul et même but, de sorte que la deuxième est virtuellement comprise dans la première ». Dès lors que la demande à titre reconventionnel formulée à l'occasion d'une instance opposant un revendeur et son fournisseur à l'acquéreur final vise la réparation de la « perte de marge commerciale » du premier contre le deuxième sur le fondement de la responsabilité contractuelle et porte sur les mêmes faits que ceux ensuite invoqués au soutien d'une action nouvelle du revendeur fondée sur l'article L 442-6, I, 5° C. com, ces deux actions tendent à la « réparation du préjudice résultant de la modification unilatérale des conditions commerciales, si bien que l'action [sur le fondement de l'article L. 442] est virtuellement comprise dans la première action ». Dès lors, « le délai de prescription a cessé de courir entre l'assignation [...] par laquelle le demandeur a formulé ses demandes reconventionnelles et l'arrêt définitif » entre les parties à cette première instance.

C. Mouly-Guillemaud

CA Papeete, 22 septembre 2022, n° 21/00034

Précisions sur la sanction de l'objectif de vente non atteint et du défaut de restitution des stocks

Le fait, pour un fournisseur, de ne pas informer son distributeur sur le nombre exact de points de vente bénéficiant de tarifs préférentiels et d'opérateurs concurrents ne constitue pas un dol dès lors que le distributeur ne démontre pas le caractère déterminant de cette information et qu'aucun élément ne révèle de manœuvres dolosives ou agissements malhonnêtes du fournisseur.

Doit répondre de son inexécution le distributeur qui, ne mettant pas en œuvre tous les moyens pour y parvenir, n'atteint pas l'objectif minimum de vente. L'indemnisation due au fournisseur est calculée en fonction de la perte de marge brute.

Le défaut de restitution du stock d'inventus au fournisseur à l'expiration du contrat conformément aux stipulations contractuelles constitue une faute. En l'espèce, les produits ont été vendus par le distributeur à l'expiration du contrat, le préjudice du fournisseur correspond en conséquence à la perte de chance de réaliser un bénéfice en vendant lui-même ces produits s'ils avaient été restitués. En revanche, faute d'invoquer un fondement et d'établir un préjudice, la revente du stock après la résiliation du contrat ne constitue pas une atteinte aux droits de propriété intellectuelle du fournisseur.

Y. Idani

CA Paris, 22 septembre 2022, n° 21/15548

Agent commercial : caractérisation de la faute grave et du débiteur des indemnités

Constitue une faute grave entraînant une rupture du contrat aux torts du mandant les dysfonctionnements répétés de celui-ci à la suite d'une réorganisation du groupe. L'agent est fondé à obtenir les indemnités prévues. En revanche, le tiers à la relation d'agence commerciale, juridiquement indépendant du mandant, ne peut être tenu au versement de ces indemnités car l'agent ne démontre pas l'immixtion du tiers dans l'exécution du contrat d'agence.

M. Silly

Cass. com., 28 septembre 2022, n° 21-12.292

Clause de résiliation anticipée et indemnisation du préjudice de l'agent

« Selon l'art. L. 134-12 C. com., le contrat à durée déterminée peut être révoqué du consentement mutuel des parties, suivant les clauses ou conditions stipulées au contrat d'agent commercial et le caractère anticipé de la cessation d'un tel contrat donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte de commissions jusqu'au terme initial » [...] « dès lors, qu'à défaut, il y aurait un détournement des règles d'ordre public protectrices de l'agent ».

Y. Idani

TC Paris, 6 septembre 2022, n°2021036661

Déréférencement : absence de pratiques abusives au sens de l'article L. 442-1 C. com.

France Soir reproche à Google de l'avoir soumis à un déséquilibre significatif, de bénéficier d'avantages sans contrepartie et d'avoir rompu brutalement les relations commerciales qu'elles entretenaient. Après avoir caractérisé l'existence d'une relation contractuelle entre fournisseurs de moteurs de recherche et éditeurs de presse, même en l'absence de rémunération pour la reproduction des articles, les juges déboutent France Soir. La contrepartie financière significative dont France Soir invoque la perte démontre l'absence d'avantages sans contrepartie, ainsi que le déséquilibre significatif car Google n'exigeait de l'éditeur que le respect des conditions générales d'utilisation, jugées légitimes et favorables aux internautes. La rupture brutale est rejetée, d'une part, car le « Règlement UE P to B prend acte de l'impossibilité du préavis pour les moteurs de recherche » et n'impose pas aux moteurs de recherche en ligne d'informer directement une entité d'un déréférencement et, d'autre part, car l'éditeur a reçu trois avertissements avant cette sanction.

M. Silly

CJUE, 8 septembre 2022, aff. C-80/21 à C-82/21

Précisions sur la sanction des clauses abusives : pouvoir du juge et prescription

La CJUE a répondu à plusieurs questions relatives à l'interprétation des articles 6, §1 et 7, §1 de la directive 93/13 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs. Ces articles s'opposent à ce qu'un juge national constate le caractère abusif d'une partie de la clause, et la supprime, lorsque cette suppression revient à réviser le contenu de la clause en affectant sa substance, ce qu'il incombe au juge de vérifier. De même, le juge national ne peut substituer à la clause supprimée une disposition de droit national supplétive. Il ne peut, non plus, substituer à cette clause l'interprétation des parties ou une disposition supplétive alors que le consommateur a été informé des conséquences de la nullité du contrat et les a acceptées. Enfin, interprétée à la lumière du principe d'effectivité, la directive s'oppose à ce que le délai de prescription de l'action du consommateur tendant à obtenir la restitution des sommes indûment versées en exécution d'une clause abusive stipulée dans un contrat de prêt court à compter de chaque prestation exécutée par le consommateur, alors qu'il n'était pas en mesure d'apprécier le caractère abusif de la clause ou n'avait pas eu connaissance de ce caractère et que le contrat avait une durée de remboursement largement supérieur au délai de prescription légal.

Y. Idani

CA Douai, 8 septembre 2022, n° 22/00937

Qualification d'un contrat de distribution au sens du règlement Bruxelles I

Un fournisseur s'engage à vendre ses produits à un distributeur, lequel est chargé de les diffuser sur le territoire français en lui faisant profiter de sa stratégie commerciale ainsi que de ses contacts et de sa connaissance des aspects réglementaires et logistiques. La relation n'est donc pas limitée à des ventes successives ayant chacune pour objet la simple livraison de marchandises. Il s'agit, au contraire, d'un engagement réciproque d'approvisionnement et de distribution conclu pour l'avenir, comportant des stipulations contractuelles spécifiques de fourniture de services, puisqu'en commercialisant les produits du fournisseur et en assurant leur promotion aux côtés de ses propres produits, le distributeur doit participer à leur diffusion et chercher, par l'utilisation de ses connaissances et la mise à disposition de son équipe commerciale, à conquérir une plus grande part du marché local. En contrepartie, il bénéficie d'un avantage concurrentiel puisqu'il a le droit de vendre les produits du fournisseur sur le territoire français avec un nombre, dans un premier temps, limité de concurrents, puis dans un second temps, en exclusivité. En conséquence, l'accord doit être qualifié de prestation de service et non de ventes successives au sens du règlement « Bruxelles I » concernant la compétence judiciaire la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

N. Ferrier

Cass. soc., 14 septembre 2022, n° 21-12.058

Application du statut de gérant de succursale

Pour casser l'arrêt d'appel et accorder le statut de gérant de succursale, la Cour retient au visa de l'article L. 7321-2 C. travail que l'entreprise imposait effectivement les conditions de distribution des abonnements et produits. Il s'agissait en l'espèce d'une obligation d'embauche, de conditions sur le nombre de jours d'ouverture, du respect de différentes règles notamment relatives à l'accueil personnalisé des clients, à la présence dans le lieu de distribution de l'ensemble de la gamme de produits et services préconisés par l'entreprise, à l'organisation d'un espace après-vente répondant dans des délais imposés, et à la satisfaction client.

T. Leichnig