

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Jean-Louis Respaud

Maitre de conférences de droit privé

Co-directeur du Master 2 *Droit privé économique*

Faculté de droit et de science politique de Montpellier

AVANT-PROPOS

Ce document est constitué d'une recension de notes de cours, interventions, publications, textes, exemples de contrats... ayant trait au droit de la distribution.

Son introduction se propose de passer en revue les principales questions à se poser pour choisir un mode de distribution, un contrat, une forme de réseau. Cette « *guise d'introduction* » permet d'inventorier brièvement les grandes formes d'organisation de la distribution avant de les préciser par la suite.

Les trois premières parties sont ensuite consacrées au contrat de distribution au singulier, c'est-à-dire au « droit commun » des contrats de distribution, à travers leur formation, leur exécution puis leur extinction.

La quatrième partie est consacrée à certains des différents contrats de distribution, au pluriel.

Enfin, sont annexés au présent document différents textes européens ou nationaux.

Plan :

- En guise d'introduction ;
- La formation du contrat de distribution (Partie 1) ;
- L'exécution du contrat de distribution (Partie 2) ;
- L'extinction du contrat de distribution (Partie 3) ;
- Les contrats de distributions (Partie 4) ;
- Annexes.

EN GUISE D'INTRODUCTION

Quel contrat, quel réseau, quelle forme de distribution ?

En la matière, il ne faut pas perdre de vue que la **liberté contractuelle prévaut**.

En effet, **il n'existe aucune obligation de choisir parmi les formes existantes de contrats de distribution** (franchise, concession, distribution sélective, commission-affiliation, agence commerciale...).

Liberté contractuelle d'ailleurs certainement renforcée par la jurisprudence récente qui reconnaît que le fournisseur est d'autant plus libre que le distributeur est à nouveau responsabilisé (pour illustration, en matière de franchise, voir Com. 28 mai 2013 et CA Montpellier, 21 oct. 2014).

Au-delà de cette liberté existent aussi **les exigences de la tête de réseau**.

En effet, **le fournisseur, pour que ses produits ou services parviennent au consommateur, devra d'abord attirer à lui des distributeurs**. Il voudra donc recourir à un mode de distribution commercialement séduisant.

Il faudra alors veiller à ne pas céder au client car si la formule contractuelle retenue ne correspond pas à la réalité économique ou bien si l'intitulé du contrat ne correspond pas à son contenu, la sanction sera sévère : le contrat encourt l'annulation. En effet, rappelons-nous la jurisprudence de 1992 qui, confrontée à des contrats dénommés « franchise » mais au savoir-faire (SF) insuffisant, a préféré les annuler plutôt que de les requalifier en contrats de concession ou de fourniture, comme le commandait pourtant l'article 12 du CPC.

Le choix initial d'une formule de distribution est d'autant plus capital qu'il est très difficile d'en changer par la suite. A titre d'illustration, rappelons-nous de l'arrêt Huard du 3 nov. 1992 (Cass. Com. 3 nov. 1992, n° de pourvoi : 90-18547, Bull. civ. 1992 IV n° 338 p. 241) : le pétrolier BP avait été condamné pour avoir tenté de contraindre un acheteur-revendeur à devenir commissionnaire, formule de distribution pourtant plus adaptée au contexte économique d'alors.

Au-delà de ces mises en garde générales, intéressons-nous à **quelques critères de choix d'un mode distribution à travers l'inventaire de 5 questions-clé** :

1) AVEC OU SANS ACHAT POUR REVENDRE ?

a) Sans achat pour revendre : cela renvoie aux formules du mandat, **dont** l'agence commerciale, et la commission.

Quels en sont les avantages et les inconvénients ?

Avantages : principalement, un mode de distribution qui permet une maîtrise totale de la politique commerciale et tarifaire.

En effet, puisque par hypothèse, il n'y a pas d'achat pour revendre, il est parfaitement possible d'imposer à l'intermédiaire les prix de vente au consommateur. Cet avantage très important explique le succès de la commission-affiliation, notamment dans le secteur du prêt à porter.

Inconvénients :

- la propriété, donc le coût des stocks ;

-
- le risque des impayés, sauf convention du croire ; soulignons toutefois que lorsque le client final est notoirement solvable, il vaudra mieux choisir une formule sans achat pour revendre plutôt que d'intégrer un acheteur-revendeur qui pourra se révéler insolvable ;
 - les coûts de fin de contrat s'agissant de l'agence commerciale et, plus généralement, du mandat d'intérêt commun.

b) Avec achat pour revendre : cela renvoie aux formules de concession, de franchise, de distribution sélective ou agréée, c'est-à-dire tous les contrats de fourniture ou d'approvisionnement.

Les avantages et les inconvénients de ces formules sont rigoureusement inverses de ceux précités.

Inconvénients : difficultés à maîtriser sa politique commerciale et tarifaire (problème des prix de revente minima imposés...).

Avantages :

- transfert, vers les distributeurs, de la charge des stocks et des risques d'impayés par les consommateurs. Cela explique que cette formule sera plutôt retenue par les constructeurs de biens d'équipement onéreux (type concession automobile) ;
- pas d'indemnité de fin de contrat, sauf rupture abusive ou brutale.

2) AVEC OU SANS EXCLUSION ?

La question est ici de savoir si le fournisseur **réserve ou non** la distribution de ses produits ou services à **certain distributeurs**.

a) Si le fournisseur ne souhaite opérer **aucune exclusion**, alors il recourra à une **simple relation d'achat pour revendre** ou encore, de manière un peu plus sophistiquée, à une forme de **distribution agréée**.

Rappelons que si, dans la distribution sélective, le fournisseur ne livre que les distributeurs sélectionnés (distribution des produits de luxe, tels parfums, ou de haute technicité), dans la **distribution agréée**, il livre tous les distributeurs qui en font la demande **mais en recommande certains** au consommateur par l'agrément ou agrégation (produits de technologie sans être de haute technologie ou de luxe : petit électroménager, biens d'équipement, tels clim. ; biens nécessitant de l'entretien, de l'après-vente).

b) En revanche, si le fournisseur souhaite opérer **une exclusion**, il doit savoir que la formule présente autant d'avantages que d'inconvénients.

Réserver la distribution de ses produits à certains distributeurs a en effet pour **avantages :**

-
- de pouvoir maîtriser le développement et de protéger son image de marque ;
 - d'assurer l'uniformité de son réseau ;
 - d'avoir une couverture territoriale homogène, d'organiser son SAV.

En revanche, au titre des **inconvenients** :

- limiter, dans un premier temps, ses ventes ;
- s'astreindre à davantage de contraintes (identifier les bons critères de sélection des distributeurs ; tenir à jour un SF ; assurer la police du réseau ; être plus vigilant quant aux atteintes à la marque ou à l'image de marque ; conduire et insuffler une politique commerciale...).

Les contrats opérant cette **réserve** seront par exemple la concession commerciale, la franchise et la distribution sélective. Cette réserve peut être **qualitative ou quantitative**.

Cette réserve peut d'abord être une **réserve qualitative**. Il s'agit de la **distribution sélective**.

Rappelons que dans cette formule, le fournisseur établit une liste préalable de conditions et critères à satisfaire et que seuls les distributeurs sélectionnés en vertu de cette grille auront le droit de distribuer les produits.

Ces critères peuvent être relatifs soit au distributeur lui-même, soit à son point de vente. Les critères peuvent être de nature commerciale et/ou technique.

Ainsi, par ex., il peut être demandé au candidat un diplôme technique (ex. un producteur de montres de luxe qui exige que le distributeur soit horloger diplômé), des compétences commerciales (être capable de vendre telle quantité de produits)... S'agissant du local, il peut être exigé, à titre de qualité commerciale, un bon emplacement, le caractère luxueux des installations et/ou, à titre de qualité technique, l'existence d'un atelier-réparation.

Quel que soit leur sujet ou leur nature, tous les critères doivent être précis, sérieux et objectifs. En outre, ils ne doivent pas exclure *a priori* un type de distributeurs.

Enfin, le fournisseur doit faire une application non-discriminatoire des critères (notion de non-discrimination consubstantielle à la distribution sélective).

De sorte que tout distributeur s'étant hissé au point de satisfaire les critères ne peut pas être refusé.

L'avantage et l'inconvénient de la formule apparaît avec évidence : si l'on peut profiler avec précision ses distributeurs, l'on peut très difficilement en maîtriser le nombre et la répartition géographique.

Enfin, un avantage important de la distribution sélective est qu'elle permet à un fournisseur dont les seules ventes ne permettraient pas de « nourrir » le distributeur de quand même accéder à une forme de distribution sophistiquée.

On entend par **réserve quantitative** le recours à l'exclusivité territoriale, à la distribution exclusive.

Il s'agit ainsi des formules de **concession commerciale (ou distribution exclusive)**, mais pas seulement, parce que, à l'exception des formules de distribution sélective et agréée, l'exclusivité territoriale peut être accordée à un franchisé, un agent commercial, à un commissionnaire...

Attention à l'occasion de la rédaction de la clause d'exclusivité territoriale à ne pas sombrer dans l'exclusivité territoriale absolue. Rappelons en effet que si l'on peut interdire au distributeur d'un secteur de solliciter les clients d'un autre secteur, en revanche, l'on ne peut pas interdire à ceux-ci d'aller vers le distributeur de leur choix. C'est la différenciation entre politique active – aucune démarche personnalisée vers le client – et passive de commercialisation.

3) AVEC OU SANS EXCLUSIVITE DE LA PART DU DISTRIBUTEUR ?

Cette **exclusivité d'approvisionnement peut se cumuler** avec l'exclusivité territoriale déjà envisagée ci-dessus. On parlera alors d'exclusivité **réciproque**.

Mais cette exclusivité d'approvisionnement peut aussi se concevoir **seule**. Cela concerne les contrats **d'achat exclusif**, également appelés **contrat d'assistance et de fourniture**. Il s'agit des contrats dits de bière ou de brasseur mais également des contrats d'hydrocarbure, également appelés contrats de pompistes de marque.

Au titre des **avantages** : la concentration de tous les efforts du distributeur sur les seuls produits de la marque.

Au titre des **inconvénients** :

- limitation de la durée (le droit de la concurrence, tant d'origine interne qu'euro-péen, limite la durée des clauses d'exclusivité) ;
- l'exigence d'une contrepartie à l'exclusivité consentie par le distributeur : prêt de matériel (cuves, machines à café ou à bière...), subventions commerciales, prêts, cautions... Les juges peuvent être amenés à contrôler le caractère suffisant de la contrepartie (si insuffisance, nullité de la clause d'exclusivité et, par contagion, du contrat) ;
- d'un point de vue purement commercial, si le distributeur apparaît comme un spécialiste de la marque, il n'apparaît pas comme un spécialiste des produits relevant de ce secteur.

4) FRANCHISE OU PAS FRANCHISE ?

Le contrat de franchise est le contrat par lequel le **franchiseur met à la disposition** de franchisés un concept ou SF ainsi qu'une enseigne ou marque puis leur **porte** une assistance.

En contrepartie, chaque **franchisé paie** un droit d'entrée, puis une redevance ou royauté durant le contrat et **s'engage à** respecter le SF et ses évolutions.

La franchise s'adresse donc seulement à ceux disposant d'un SF performant et éprouvé, d'une marque possédant une certaine notoriété et des moyens financiers et humains suffisants pour développer et animer un réseau.

Le contrat de franchise **n'emporte pas, par nature, une quelconque exclusivité ni territoriale ni d'approvisionnement. Toutefois, l'exclusivité réciproque est très fréquente.**

Pour le franchiseur, le contrat de franchise présente **divers avantages** :

- un retour sur les investissements qu'il a réalisés pour concevoir et développer le concept franchisé et la marque ;
- faire dupliquer par d'autres sa réussite et ainsi de développer un réseau ;
- vendre des fournitures s'il est également fournisseur.

Pour le franchisé, les **avantages** sont également évidents :

- bénéficier d'un avantage concurrentiel immédiat ou presque ;
- c'est-à-dire prendre moins de risques économiques ;
- profiter de la puissance d'achat du réseau et de son animation.

Les inconvénients sont pour le franchiseur :

- d'avoir à exercer une police du réseau tant à l'égard de l'extérieur (défendre le réseau contre les concurrents) qu'à l'intérieur (veiller à l'harmonie et à la discipline entre les membres du réseau) ;
- « *Être tenu pour responsable* » de tout échec rencontré par un franchisé... ;
- se heurter aux franchisés se sentant une âme de franchiseur...

Pour le franchisé, le **principal inconvénient** est de perdre en partie son autonomie économique (mais possibilité de requalification en gérant de succursale : voir art. L. 7321-2 du Code du travail).

5) AVEC OU SANS INTERNET ?

Internet peut être utilisé soit comme **seul moyen** de distribution, soit comme **un moyen complémentaire** d'un réseau de distribution physique.

- Comme **moyen unique** : ce sont ce que l'on appelle les « pure players ».

Il ne s'agit pas à proprement parler d'un réseau, sauf à imaginer, derrière la vente par Internet, un réseau logistique dans lequel chaque partenaire a pour mission d'assurer le stockage, la livraison et le SAV. Mais, même là, il ne s'agit pas rigoureusement d'un réseau de distribution.

- Comme **moyen complémentaire**.

Sauf stricte exception dument justifiée, un fournisseur ne peut interdire à ses distributeurs disposant d'un point de vente physique de distribuer les produits de sa marque par Internet. Il peut, tout au plus, leur imposer des conditions relatives à la présentation, au fonctionnement du site et à la logistique d'aval.

Si le distributeur a des droits, le fournisseur en a également : en effet, le distributeur, même titulaire d'un territoire exclusif, ne peut pas s'opposer à ce que le fournisseur distribue lui aussi les produits de la marque par Internet.

Le mieux restant de gérer toutes ces questions à l'occasion de la rédaction du contrat-cadre de distribution, de la manière la plus harmonieuse, par exemple par le versement de commissions aux distributeurs pour toute vente réalisée sur son territoire et/ou participant à l'exécution de la vente (stockage, livraison, SAV).

Là encore, la liberté contractuelle dont nous avons fait la promotion en introduction aura toute sa place.

PREMIERE PARTIE. – LA FORMATION DU CONTRAT DE DISTRIBUTION

- Jean-Louis Respaud, *Fonctions et limites de la « loi Doubin »*, in *La crise du contrat de franchise*, Lextenso 2015, p. 63.
- Daniel Mainguy et Jean-Louis Respaud, Comment renforcer l'efficacité de la « loi Doubin » (C. com., art. L. 330-3) ? *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, Mars 2003, chron. 4
- Jean-Louis Respaud, *Article L.330-3 C. com. et études prévisionnelles : applicabilité, application et sanction*.
- Textes et jurisprudences.
 - Art. L 330-3 C. com. (I) ;
 - Etudes prévisionnelles (II) ;

Fonctions et limites de la « loi Doubin »

in *La crise du contrat de franchise*, Lextenso 2015, p. 63.

Jean-Louis Respaud

*Maître de conférences de droit privé à la faculté de droit d'Avignon,
UMR 5815 Dynamiques du droit, Université Montpellier 1*

L'article L. 330-3 du Code de commerce, anciennement article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, dite *loi Doubin*, dispose :

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »

L'article R. 330-1 du Code de commerce détaille la liste des informations à communiquer au moins vingt jours avant la conclusion du contrat.

Ces textes, bien que n'étant pas uniquement relatifs aux contrats de distribution, *a fortiori* de franchise, les intéressent néanmoins tout particulièrement. Ils visent à ce que le contrat, notamment de franchise, soit conclu en permettant au débiteur d'une exclusivité d'activité de « *s'engager en connaissance de cause* ».

La *loi Doubin* n'est pas sans rappeler la grenouille, de la fable de La Fontaine, qui voulait se faire aussi grosse que le bœuf. En effet, au fil des ans, le champ d'application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce n'ont cessé de croître (I), d'enfler à l'instar de la grenouille. « *S'enfla si bien qu'elle creva* » : à la différence de la fable

qui connaît ainsi une morale, une sentence, la *loi Doubin* n'est toujours pas assortie d'une véritable sanction civile quant au sort du contrat conclu sur la base d'une information précontractuelle défailante (II).

I. – UNE APPLICATION CROISSANTE

L'exigence d'une information précontractuelle loyale est vaste que ce soit par extension à d'autres formes de contrats ou d'exclusivités (A) ou par contagion à d'autres types d'informations (B).

A. – Une croissance par extension

De quels contrats s'agit-il ? Ma question est mal posée. En effet, la première manifestation du vaste champ d'application de la *loi Doubin* fut offerte par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 10 février 1998. Selon cet arrêt, « *les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu* ».

Il n'est donc pas nécessaire de s'intéresser à la nature du contrat, contrat de franchise, de concession exclusive ou autre, il suffit de rechercher la présence d'une clause d'exclusivité contrepartie à la mise à disposition de signes distinctifs. Il s'agit du régime de ladite clause et non pas de tel ou tel contrat³. D'ailleurs, l'article L. 330-3 du Code de commerce figure dans un titre III intitulé « *Des clauses d'exclusivité* ».

De quelle exclusivité s'agit-il ? Un arrêt rendu le 19 janvier 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation est éclairant à ce sujet⁴. Le franchiseur soutenait que l'article L. 330-3 du Code de commerce ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur or le franchisé avait la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et n'était donc pas tenu à son égard d'une exclusivité d'activité.

La chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'argument au motif que s'il existe bien pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité et que dès lors c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce était applicable⁵.

À quelle exclusivité le législateur fait-il donc référence ? Cette question soulevée par la société Expert est parfaitement pertinente. L'article L. 330-3 du Code de commerce dispose que : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou*

¹ P. Lutz et M.-P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière ? », *D.* 2001. 1708 ; G. Blanc, « Les contrats de distributions concernés par la loi Doubin », *D.* 1993. Chron. 218 ; pour une étude récente et plus générale, N. Dissaux, « L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP* 2010, n° 5, p. 236.

² Com. 10 févr. 1998, n° 95-21.906, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; CCC 1998, n° 55, obs. L. Leveneur ; *D.* 1998. Somm. 334, obs. D. Ferrier ; *D.* 1999. 431, obs. Y. Marot ; *RTD civ.* 1998. 365, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1998. 911, obs. B. Bouloc ; D. Mainguy, P. Grignon et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1998, n° 2, p. 21, n° 17.

³ Pour illustration, l'arrêt précité est relatif à un contrat de location-gérance. Pour une application à un contrat de coopérative de détaillants : Douai, 4 juill. 2002, *D.* 2002. AJ 2868, obs. E. Chevrier ; *Lettre distrib.* sept. 2002, p. 2.

⁴ Com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *Bull. civ.* IV, n° 15.

⁵ Pour une autre hypothèse d'application de cette disposition à un engagement de quasi-exclusivité, v. Com. 19 oct. 1999, n° 97-14.366, *D.* 2001. Somm. 296, obs. D. Ferrier.

de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. » L'expression retenue par le législateur est « un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ». La Cour de cassation retient à l'instar de la cour d'appel que l'activité à considérer est celle relative aux produits ou services couverts par le contrat. Si la Cour semble aller au-delà de la lettre de la loi, elle nous semble pourtant en extirper et respecter le sens car l'activité retenue, c'est-à-dire celle objet de l'exclusivité, est bien celle qui est la contrepartie à la mise à disposition de l'enseigne ou de la marque. Le critère d'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce est donc qu'une exclusivité soit exigée concernant l'activité contractuelle et non pas nécessairement l'activité globale du distributeur⁶.

B. – Une croissance par contagion

Quid de l'application de la loi Doubin aux études et budgets prévisionnels ? Une réponse affirmative est offerte notamment par l'arrêt précité en date du 19 janvier 2010⁷.

L'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce peut paraître *a priori* curieuse s'agissant de l'étude prévisionnelle de marché puisque, comme le soulignait la société Expert, ses dispositions, ni celles du décret d'application du 4 avril 1991, ne mettent à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels⁸ et que dès lors si de tels documents sont néanmoins communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition.

L'argument est balayé en les termes suivants : « si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ».

Comment une hypothèse non couverte par un texte peut-elle pourtant y trouver son imputation, son régime ? Le raisonnement de la Cour peut intriguer. Il n'en est pourtant rien. La loi Doubin poursuit un objectif, à savoir que le débiteur d'exclusivité puisse s'engager en connaissance de cause ; elle impose pour ce faire des moyens que sont les documents et informations devant être communiqués préalablement à la conclusion du contrat. Il nous semble que, d'une part, l'objectif prime les moyens et que, le texte n'interdit pas de produire d'autres informations, d'autre part. Mais si tel est le choix du créancier d'exclusivité, en l'espèce le franchiseur, alors les autres éléments communiqués ne doivent pas porter atteinte à l'objectif d'engagement en connaissance de cause du franchisé. S'agissant d'une étude prévisionnelle, l'article L. 330-3 du Code de commerce met donc « à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ». Rien de surprenant. En effet, ce n'est pas parce qu'un document n'est pas prévu par la liste des informations précontractuelles à communiquer pour servir au consentement éclairé du distributeur, que ledit document peut, par un raisonnement *a contrario* bien mal venu, aller à l'encontre de cet objectif et poursuivre un dessein déloyal. Bien que la fiabilité de l'étude de marché soit considérée comme une obligation de moyens⁹, une différence de 36 % entre les prévisions et les chiffres réalisés démontre le caractère léger et donc fautif de l'étude prévisionnelle¹⁰. Les conséquences de cette lecture sont

⁶ En ce sens, Agen, 12 mars 2008, CCC 2008, n° 199, obs. M. Malaurie-Vignal.

⁷ Com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, Bull. civ. IV, n° 15. Dans le même sens, v. not. Com. 11 févr. 2011, n° 01-03.932 ; Com. 25 mars 2014, n° 12-29.675.

⁸ En ce sens, Com. 11 févr. 2003, n° 01-03.932, Cab. dr. entr. 2003/5, p. 43, obs. D. Mainguy, D. 2003. 2304, obs. H. Kenfack.

⁹ Com. 11 janv. 2000, n° 97-16.419, RJD A 2000/3, n° 259.

¹⁰ Rapp. Com. 24 févr. 1998, n° 95-20.438 et Paris, 16 janv. 1998, D. 1998. Somm. 337, obs. D. Ferrier ; Lyon, 12 juin 2003, Lettre distr., nov. 2003, p. 2 ; v. égal. Com. 5 déc. 2000, n° 98-16.524, RJD A 2001/4, n° 440.

capitales : « *les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO* ». La Cour retient ainsi que le caractère fautif de l'étude violant les exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce qui n'a pas permis à la société franchisée de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, est ainsi la cause directe des déconvenues de celle-ci et des déboires subis par les époux X, en leur qualité de caution.

Cet arrêt est donc important : en effet, si la violation de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne présente guère d'utilité quant au sort du contrat, en particulier son annulation¹¹, la méconnaissance de ces exigences peut être redoutable quant à la responsabilité de son auteur¹². En effet que la méconnaissance des exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce emporte ou pas un vice du consentement susceptible d'anéantir le contrat, elle n'en constitue pas moins une faute délictuelle qui engage la responsabilité de son auteur et oblige celui-ci à réparer, au titre de l'article 1382 du Code civil, les dommages qui en sont la conséquence directe.

II. – UNE SANCTION ABSENTE

Si le manquement aux exigences des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce est sanctionné pénalement par l'article R. 330-2 du même code, en revanche nulle sanction civile n'est prévue par la loi ni offerte par la jurisprudence quant au sort du contrat ainsi conclu.

Cette lacune constatée (A), des propositions de correction peuvent être avancées (B).

A. – Une lacune constatée

Le seul constat de la violation de la *loi Doubin* ne suffit à emporter l'annulation du contrat à défaut de la démonstration d'un vice du consentement. Cela depuis un arrêt de la chambre commerciale en date du 2 décembre 1997 qui précise :

« Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat, l'arrêt énonce que "le non-respect par la société Audreco Conception de son obligation d'information pré-contractuelle est constitutif du dol prévu par l'article 1116 du Code civil" ;

Attendu qu'en se déterminant par un tel motif sans caractériser un comportement du franchiseur ayant conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés¹³. »

Cette solution a ensuite été confirmée par un arrêt de principe en date 10 février 1998 :

« Vu l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé¹⁴. »

¹¹ V., P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *JCP E* 1998, *Cab. dr. entr.* n° 2, p. 27 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », *CCC*, mars 2003, p. 5.

¹² Dans le même sens, *Com.* 25 sept. 2007, n° 05-20.922 et en sens contraire pour absence de lien de causalité, v. *Com.* 16 mai 2000, n° 97-16.386 ; *JCP E* 2001. 269, obs. P. Neau-Leduc.

¹³ *Com.* 2 déc. 1997, n° 95-21.563.

¹⁴ *Com.* 10 févr. 1998, préc.

Cette jurisprudence est régulièrement réaffirmée par la Cour de cassation¹⁵.

En dernière date, soit par un arrêt de la chambre commerciale du 28 mai 2013, la Cour de cassation a même durci sa position à propos des franchisés tentant de se soustraire à leurs engagements contractuels au prétexte de prétendues ou vagues lacunes de l'information précontractuelle délivrée par le franchiseur :

« Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement¹⁶. »

Ainsi, selon la Cour de cassation, non seulement, l'incomplétude ou l'imprécision du document d'information précontractuelle délivré par le franchiseur ne présument nullement d'un vice du consentement mais ils ne le prouvent ni ne l'établissent pas davantage puisqu'en pareil cas, il appartenait au franchisé de pourvoir aux dites lacunes.

Toutes ces décisions sont conformes au second alinéa de l'article 1116 du Code civil qui exige que le dol soit prouvé.

B. – Les correctifs proposés

Une présomption de vice du consentement. Afin de renforcer l'utilité de la *loi Doubin* et servir l'exigence de loyauté précontractuelle qu'elle sous-tend, il pourrait être opéré par présomption et donc par renversement de la charge de la preuve. Présumer, dès lors que les dispositions des articles des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce sont méconnus, qu'il y a vice du consentement du créancier de l'information précontractuelle, redonnerait quelque efficacité à ces textes¹⁷.

En effet, puisque les dispositions en question indiquent, d'une part, un objectif à atteindre, l'engagement en connaissance de cause, et, d'autre part, un moyen pour y parvenir, l'information précontractuelle, il ne serait pas saugrenu de déduire, de présumer, de l'absence de mise en œuvre du moyen le défaut d'objectif.

Ainsi, en cas de manquement aux dispositions précitées, il n'appartiendrait plus au créancier de l'information précontractuelle de prouver, outre le manquement, le vice de son consentement, mais par renversement de la charge de la preuve, il incomberait au débiteur de cette information de démontrer que son manquement n'a causé nul vice du consentement de son contractant.

Il va, en effet, de soi que la présomption de vice du consentement ainsi proposée ne peut pas être irréfragable. Il s'agit d'un simple renversement de la charge de la preuve. En considération de la multitude des manquements possibles à la *loi Doubin* (absence de tout document d'information précontractuelle, informations dolosives,

¹⁵ Voir not. Com. 15 mars 2011, n° 10-11.871 ; Com. 20 mars 2007, n° 06-11.290 ; Com. 6 déc. 2005, n° 03-20.510 ; Com. 21 nov. 2000, n° 98-12.527.

¹⁶ Com. 28 mai 2013, n° 11-27.256.

¹⁷ V., P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », préc. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », préc.

informations incomplètes ou obsolètes, retard dans la délivrance du document...) et à leurs conséquences très variables, retenir une même sanction reviendrait alors à consacrer une nullité automatique.

De nouvelles informations à communiquer. Compléter et hiérarchiser les informations précontractuelles devant être communiquées en application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce pourraient également être des moyens de renforcer la loyauté précontractuelle. Il serait ainsi judicieux que les promoteurs de réseaux de distribution soient tenus d'exposer les éventuels déboires judiciaires les opposant à certains de leurs distributeurs. Pour l'heure, il est seulement exigé d'eux qu'ils relatent les sorties du réseau intervenues au cours de l'année précédente¹⁸.

Une mise à jour. Enfin, si la loi prévoit que le document d'information précontractuelle doit être délivré au moins vingt jours avant la signature, elle ne précise pas de délai maximal entre sa communication et cette signature. Une mise à jour, passé un certain délai, pourrait ainsi également servir l'exigence d'engagement en connaissance de cause.

COMMENT RENFORCER L'EFFICACITÉ DE LA « LOI DOUBIN » (C. COM., ART. L. 330-3) ?

Chronique par D. MAINGUY et Jean-Louis RESPAUD

Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2003, chron. 4

I.-La loi du 31 décembre 1989, dite loi *Doubin*, codifiée depuis dans l'article L. 330-3 du Code de commerce impose une obligation d'information préalable à la conclusion des principaux contrats de distribution et de quelques autres contrats d'affaires dès lors que le distributeur consent une exclusivité relative à son activité en contrepartie de l'usage d'un signe distinctif, notamment une marque.

Plus largement, cette loi participe à la constitution d'un droit commun des contrats de distribution et, là encore, plus largement des contrats d'affaires Note 1 Cette disposition avait pour objectif d'assurer une forme de moralisation des pratiques contractuelles Note 2 voire plus simplement d'éclairer le consentement d'un candidat distributeur qui accède à un réseau établi. L'article L. 330-3 dispose ainsi de façon très large que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Le texte poursuit en imposant que la communication de ces informations doit intervenir vingt jours au moins avant la conclusion du contrat. Son décret d'application du 4 avril 1991 ajoute de nombreux apports techniques sur la nature des informations à fournir tenant au réseau, au contrat, à l'entreprise du fournisseur et au marché qu'investit le mode de distribution retenu Note 3 . Ce décret précise également la sanction pénale applicable en cas de violation de la loi du 31 décembre 1989 Note 4 .

2. - L'application de ce texte a montré ses insuffisances Note 5 comme l'a, par exemple, démontré la question de son application internationale. La Cour d'appel de Paris a ainsi décidé, dans une affaire où un contrat conclu entre un fournisseur espagnol et un distributeur français avait été soumis à la loi espagnole, que « *l'article L. 330-3 du*

¹⁸ Art. R. 330-1, 4° c. C. com. : « Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé. »

Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international » Note 6 . La cour proposait cette solution alors même que l'obligation d'information prévue par la loi Doubin est de nature *précontractuelle* de sorte qu'il paraît difficile qu'une clause *d'electiojuris* du contrat postérieur parvienne à désigner la loi applicable à un tel mécanisme précontractuel et, donc, extracontractuel. De manière plus générale, si l'on a pu présenter la loi Doubin comme une loi de moralisation du contrat de franchise Note 7 , les termes de l'article L. 330-3 appellent un champ d'application beaucoup plus étendu : tous les contrats contenant mise à disposition d'un signe distinctif contre une obligation d'exclusivité ou de quasi exclusivité. Pratiquement tous les contrats de distribution sont concernés pour autant qu'ils contiennent une obligation d'exclusivité, mais aussi les contrats d'agence commerciale exclusive, les contrats de location gérance avec exclusivité, les contrats de licence de marque exclusive... Note 8

3. - Bon nombre de difficultés ne sont pas résolues, loin s'en faut. Il demeure notamment le problème de la sanction de la méconnaissance des règles de la loi Doubin. Celle-ci a fait l'objet d'une importante controverse jurisprudentielle en partie tranchée par un arrêt de la Chambre commerciale du 10 février 1998 Note 9 . Il résulte de cet arrêt que le défaut d'information n'emporte pas annulation automatique du contrat-mais, au contraire, qu'il est nécessaire de démontrer l'existence d'un vice du consentement, vice s'intégrant dans la théorie générale des vices du consentement. Or, l'enjeu de la résolution du problème de la sanction de la loi Doubin est très important ; il permet de mesurer le degré d'impérativité et, surtout, d'efficacité du dispositif mis en place par cette loi. L'enjeu est d'autant plus important que les réponses données ne sont pas toujours satisfaisantes alors même que la loi Doubin s'internationalise, et que l'association UNIDROIT prépare une loi type sur le modèle de la loi Doubin. Précisément, la sanction de sa méconnaissance est énigmatique. L'article L. 330-3 du Code de commerce est muet sur ce point et le décret du 4 avril 1991 sanctionne pénalement sa violation. L'efficacité de ce dispositif dépend évidemment de la sanction qui lui est associée Note 10 . Les débats se sont ainsi largement concentrés sur la nature de la sanction de la violation de l'obligation précontractuelle d'information qu'elle impose. Les décisions de quelques cours d'appel, principalement celles de Paris, Montpellier et Toulouse avaient, en effet, donné lieu à une jurisprudence disparate quant à la portée de la loi du 31 décembre 1989 et de son décret d'application du 4 avril 1991. La Cour d'appel de Montpellier affirma à plusieurs occasions Note 11 , une solution selon laquelle les exigences de la loi du 31 décembre 1989 étant pénalement sanctionnées, « *ce qui démontre le caractère d'ordre public de ces textes* », leur inexécution « *entraîne la nullité du contrat* » Note 12 . La même juridiction précisait en renfort de son raisonnement « *qu'une infraction à l'ordre public... suffit à entraîner la nullité du contrat par application de l'article 6 du Code civil* ». S'il ne fait pas de difficulté que les termes de l'article L. 330-3 du Code de commerce sont d'ordre public et qu'à ce titre la sanction naturelle de son inobservation semblerait être la nullité Note 13 , les juges montpelliérains se sont peut-être un peu hâtés. Puisque pénalement sanctionnée, la règle est d'ordre public ; y déroger par convention particulière serait alors frappé de nullité en application de l'article 6 du Code civil. Considérée en son ensemble, cette solution n'est qu'un apparent syllogisme et confine plutôt au sophisme de sorte qu'elle appelle quelques solides réserves. Le caractère d'ordre public de la loi devrait ainsi être déduit de celle-ci et non d'un décret qui lui est postérieur Note 14 . Par ailleurs, l'ordre public dont il est question à l'article 6 du Code civil concerne plus généralement l'objet du contrat que sa conclusion ou sa forme Note 15 . Surtout, cet ordre public concerne l'avant contrat de sorte que l'on voit mal comment une contravention à ses règles pourrait emporter annulation du contrat qui est postérieur aux conditions d'exécution de l'exigence d'ordre public. Contre cette « solution pénale » très, trop, rigide et sans doute erronée, la Cour de cassation a choisi dans son arrêt de 1998 d'intégrer la loi Doubin dans le giron de la théorie des vices du consentement Note 16 . Entre ces deux façons de raisonner, l'une défendant une sanction très efficace, choisie au risque de l'erreur de raisonnement, et l'autre, qui aboutit pratiquement à abroger *de facto* la loi Doubin en niant sa spécificité, on peut proposer une voie médiane assurant le renforcement de l'efficacité de cette loi dans le cadre de la théorie des vices du consentement Note 17 . Cela suppose d'observer la valeur des informations fournies par le débiteur d'exclusivité (I) puis la nature de la sanction de la violation de la loi Doubin (II).

I — LA VALEUR DES INFORMATIONS FOURNIES

4. - Si l'on s'en tient à la solution de l'arrêt du 10 février 1998, il convient de vérifier si le défaut d'information précontractuelle, auquel on assimilera l'hypothèse d'erreurs ou de lacunes dans un document d'information précontractuelle, constitue un vice du consentement, une erreur ou plus vraisemblablement un dol subi par le destinataire de ce document. Il s'agit en effet d'établir si le créancier d'informations aurait effectivement conclu le contrat s'il avait obtenu des informations précises et exactes ou bien s'il aurait conclu à des conditions différentes étant entendu que le document ne peut se contenter de vagues considérations sur le réseau et le marché mais doit contenir des informations très précises, dont celles imposées par le décret du 4 avril 1991 Note 18 . Les compétences du destinataire de ces informations sont également considérées par les juges. De sorte que s'il est affirmé que des informations complètes et loyales doivent être délivrées par le fournisseur, les qualités de leur destinataire demeurent également importantes. Dans un arrêt du 10 mai 2000, la chambre commerciale de la Cour de cassation portait ainsi son intérêt sur « *la compétence d'un professionnel averti de la distribution automobile* » d'un concessionnaire automobile invoquant le caractère erroné des informations qui lui avaient été fournies en vue de la signature du contrat pour considérer que l'obligation d'information avait été respectée Note 19 .

5. - On ne pourrait donc considérer que le décret du 4 juin 1991 tolère une certaine marge d'erreur dans la mesure où l'exactitude des informations serait l'effet d'une obligation de moyens Note 20 de sorte que les erreurs non fautives seraient excusées Note 21 . On peut effectivement douter de la réalité d'un tel « laxisme » législatif organisé, ne serait-ce que parce que cette question intéresse le plus souvent la question du bilan ou du compte de résultats prévisionnels, parfois optimistes. Or, la loi Doubin n'impose pas la fourniture de tels documents même si le fournisseur les remet très fréquemment au candidat contractant. La pertinence de ces documents comparée aux - mauvais - résultats effectivement réalisés appellera souvent critique par le distributeur déçu. On se situe cependant hors du mécanisme de l'article L. 330-3 du Code de commerce qui ne les envisage pas. Il est alors logique de retrouver les canons de la théorie des vices du consentement, du *dolus bonus* et du *dolus malus* voire une curieuse qualification d'« *obligation de moyens* » Note 22 même si l'examen de la jurisprudence révèle une certaine sévérité Note 23 . La jurisprudence admet cependant également qu'une erreur non fautive ne vicie pas nécessairement le consentement-mais emporte une obligation de minimiser le dommage Note 24 .

6. - Dès lors en revanche qu'il s'agit d'appliquer les règles de l'article L. 330-3 du Code de commerce, il n'est plus question d'apprécier l'existence ou non de l'exigence d'un bilan ou d'un document prévisionnel quelconque non expressément prévu par son texte. Il s'agit d'apprécier la réalité et l'exactitude des informations fournies, conformément au texte de la loi. C'est ainsi que l'article L. 330-3 du Code de commerce dispose que le fournisseur doit fournir au candidat distributeur un « *document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ». La sincérité dont il est fait état ne saurait donc tolérer une forme d'imprécision, un flou dans la teneur des informations imposées par la loi et le décret d'application : une chose est l'exigence de sincérité des documents, qui ne paraît pas faire de difficultés dans la loi ; autre chose est la portée de l'inexactitude dans le document d'information précontractuelle.

Mais la sincérité des informations fournies est capitale. Elle l'est d'abord en raison du contexte dans lequel la loi *Doubin* a été adoptée. Rappelons brièvement que la jurisprudence avait précédemment considéré, par deux arrêts qui ne faisaient que confirmer une jurisprudence constante, que c'était au distributeur, professionnel du marché en cause, de se renseigner sur l'exactitude des renseignements fournis par le producteur Note 25 . Or, la loi de 1989 visait précisément à rompre avec ces solutions pour imposer une obligation d'information précise et sincère quelle que soit la qualité du créancier de l'obligation d'information, le candidat-contractant. Elle l'est ensuite parce que le candidat-contractant est par hypothèse ignorant des informations qu'imposent l'article L. 330-3 du Code de commerce et le décret de 1991. Le défaut de sincérité du document d'information peut être en effet sanctionné

pénalement, dans les conditions posées par le décret de 1991 lui-même mais encore par les règles de la publicité mensongère voire de l'escroquerie (C. pén., art. L. 313-1) par exemple, « *dans l'hypothèse où la fourniture de faux renseignements aurait favorisé le versement par la victime d'un droit d'entrée ou de redevances injustifiées* » Note 26

L'arrêt du 10 février 1998 impose alors une appréciation du comportement du débiteur de l'obligation précontractuelle d'information. Cet arrêt refusait toute annulation automatique d'un contrat de franchise pour défaut d'information ou pour inexactitude dans le document d'information précontractuelle mais imposait aux juges du fond de « *rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement* » du distributeur.

7. - Certaines décisions d'appel admettaient l'annulation du contrat dans des conditions sévères, comme un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait considéré que le manquement à la loi de 1989 : « *constitue une réticence dolosive en ce qu'il a intentionnellement privé les sociétés concessionnaires des éléments d'appréciation nécessaires à un engagement éclairé... (et) a nécessairement vicié le contrat* » Note 27 . Or, la démonstration à laquelle se livre la Cour d'appel de Versailles repose sur une redoutable logique. L'arrêt rappelle que l'objectif poursuivi par la loi et le décret est que l'engagement du débiteur d'exclusivité soit exprimé « *en connaissance de cause* » puisque les informations devant être communiquées sont autant de moyens d'atteindre ce but. Tout défaut de communication constituerait alors une réticence dolosive. Le fondement de la nullité est l'article 1116 du Code civil dont on présume la violation par le mécanisme de la loi Doubin. Cette présomption paraît être irréfragable pour la Cour d'appel de Versailles qui précise que le débiteur de l'information ne démontre ni ne prétend avoir été « *dans l'impossibilité d'y satisfaire* ». On admettra cependant que cette solution n'est pas totalement dans « *la ligne* » de la solution posée par la Cour de cassation en 1998 qui semble refuser toute automaticité de l'annulation du contrat, quel qu'en soit le fondement Note 28 . La jurisprudence ajoute cependant que le fait de fournir des informations erronées est susceptible d'engager la responsabilité du franchiseur, même si ces erreurs n'ont pas vicié son consentement Note 29 . On retrouve là l'application traditionnelle des règles que l'on rencontre en matière de dol. En toute circonstance, le producteur doit donc fournir des informations exactes. À défaut, il s'expose ou bien à l'annulation du contrat si l'on admet que le défaut d'information a vicié le consentement du franchisé ou bien à une dette de réparation si ce défaut d'information n'a pas vicié le consentement du franchisé.

II — LA NATURE DE LA SANCTION DE LA VIOLATION DE LA LOI DOUBIN

8. - La loi de 1989 impose ainsi la fourniture d'informations sincères dont la sanction - civile - pose difficultés, d'autant que l'arrêt du 10 février 1998, largement repris par la Cour de cassation depuis, pèse fortement en faveur d'une sanction appréciée dans les mêmes conditions que les vices du consentement des articles 1109 et suivants du Code civil. Or, on peut douter que cette sanction soit efficace eu égard à l'existence particulière de ce dispositif législatif. Le modèle de la sanction de l'obligation d'information dans la cession d'un fonds de commerce constitue vraisemblablement un argument par analogie qui a compté dans le choix de cette solution. Pour autant, la recherche d'une efficacité plus forte de la loi Doubin est sans doute justifiée : il s'agit en effet moins de « *moraliser* » des relations d'affaires que de permettre de contracter en connaissance de cause, d'apporter un consentement éclairé pour la conclusion de contrats complexes, des contrats de situation Note 30 . C'est donc une justification économique qui préside dans une recherche d'efficacité de la sanction de la loi Doubin. Dans ces conditions, une efficacité plus intense de cette sanction ne peut que passer par les mécanismes des vices du consentement. Toute une série de techniques empruntées aux règles du droit civil sont à la disposition des plaideurs. La première des questions qui se posent à eux est de savoir qui doit apporter la preuve de l'existence du vice du consentement. Est-ce au distributeur de prouver l'existence du vice du consentement et donc le défaut d'information, ou de l'information, ou bien appartient-il, au contraire, au fournisseur de prouver qu'il a bien exécuté cette obligation ?

Plus intensément encore, ne peut-on retenir que le défaut d'information crée une présomption de vice du consentement que le franchiseur doit s'employer à réfuter ?

9. - La question de la **preuve de l'exécution de l'obligation d'information** constitue une première étape dans le raisonnement conduisant à renforcer l'efficacité de la loi Doubin. Il consiste à appliquer à l'obligation d'information précontractuelle instituée par la loi de 1989 le régime de droit commun de la preuve des obligations. La Cour de cassation avait précisément affirmé dans un important arrêt du 25 février 1997 rendu en matière d'obligation d'information à la charge des professionnels de santé au profit des patients que : « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* » Note 31 . Cette affirmation fondée sur l'article 1315 du Code civil est d'une manière très générale propre à embrasser toutes les obligations d'information. Considérée à juste titre comme un grand arrêt de la jurisprudence civile Note 32 , cette décision fonde le principe selon lequel la charge de la preuve de l'exécution d'une obligation d'information pèse sur son débiteur.

L'arrêt de 1997 avait été rendu pour résoudre un problème de responsabilité contractuelle mais la première chambre civile a récemment réitéré et poursuivi son raisonnement, cette fois, à propos d'une action en annulation pour dol dans un arrêt du 15 mai 2002 Note 33 . À propos de la vente d'un véhicule d'occasion par un garagiste dont l'acheteur avait découvert qu'il avait été accidenté, la Cour décidait ainsi que « *le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* ».

Ce renversement - et sa généralisation - de la charge de la preuve est capital : il permet de faciliter la preuve de l'existence d'un dol et plus largement de l'absence de renseignements. Le contractant créancier d'informations doit en effet, à défaut, prouver que telle information ne lui a pas été fournie. Or, il s'agit pour lui d'apporter la preuve d'un fait négatif, toujours très difficile. La jurisprudence nouvelle se présente donc comme très favorable aux créanciers d'information : acheteurs, patients, distributeurs si l'on transpose cette jurisprudence à la loi Doubin.

L'analogie à la matière traitée par la loi Doubin est en effet séduisante. La situation est en effet exactement similaire à celle révélée dans les arrêts de 1997 et 2002 : le franchiseur, tenu légalement d'une obligation particulière d'information, doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. Cette affirmation assurerait un renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information. Ce ne serait pas une exigence exagérée d'autant que, en pratique, les contrats de distribution contiennent souvent une clause par laquelle le distributeur reconnaît avoir reçu l'information. Par ailleurs, à partir du moment où la jurisprudence admet que le débiteur d'information est tenu de prouver l'exécution de son obligation en droit commun des contrats en cas d'action en annulation pour dol, *a fortiori* en est-il de même pour l'annulation d'un contrat de distribution fondée sur l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce.

10. - Précisément, cette obligation précontractuelle d'information est une exigence particulière, qui renforce l'exigence de loyauté précontractuelle, entendue comme l'attente raisonnable, l'utilité contractuelle que le contrat fait naître. Par conséquent, l'efficacité de l'application de la loi Doubin commande sans doute une appréciation encore plus importante : vers une **présomption de vice du consentement du fait de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information**. Cette seconde étape du raisonnement consiste à se demander si l'obligation d'information spéciale de la loi de 1989 ne connaît pas une exception eu égard au régime général plus haut décrit. Une telle exception pourrait consister en une présomption de vice du consentement du fait de l'inexécution de l'obligation d'information par le fournisseur.

Cette affirmation serait effectivement de nature à conforter l'efficacité de la loi Doubin, en demeurant dans le cadre de la théorie des vices du consentement, mais sans revenir aux formules d'annulation automatique du contrat ainsi

que l'a censuré la Cour de cassation en 1998. Cette controverse jurisprudentielle présentait cependant l'intérêt de poser la question de la raison d'être de cette loi à l'application si difficile. L'enjeu est d'importance et révèle les objectifs de la loi : forcer le débiteur d'information à s'exécuter indépendamment de l'hypothèse de l'annulation du contrat pour vice du consentement sur laquelle le fournisseur « *pourrait spéculer* » Note 34 . Retenir la nullité automatique du contrat était une sanction sévère mais conférait un intérêt pratique certain à la loi Doubin. En revanche, elle présentait l'inconvénient de favoriser la mauvaise foi du distributeur qui aurait pu se dissimuler derrière cette règle pour obtenir l'annulation du contrat et échapper à ses obligations. Par ailleurs, elle transformait cette loi en une simple et énième expression du formalisme contractuel. Or, ce type de solution a largement montré ses limites, que ce soit du temps de l'annulation d'un contrat pour indétermination du prix ou bien de celui de l'annulation des contrats de promesse unilatérale de vente sur le fondement de l'article 1840 A du Code général des impôts.

11. - Exiger simplement la démonstration d'un vice du consentement fait preuve de davantage de réalisme mais prive en revanche cette loi d'une grande partie de son intérêt. Il est toutefois un point commun à ces interprétations divergentes : la loi du 31 décembre 1989 et le décret du 2 avril 1991 se présentent comme une présomption. Ces textes déterminent en effet quels sont les documents et informations qui doivent être communiqués afin que le consentement soit donné en connaissance de cause. Affirmer qu'il s'agit d'un simple renversement de la charge de la preuve n'est pas suffisant : une présomption de vice du consentement s'inscrit davantage dans la logique de la loi Doubin. Selon l'autorité de cette présomption, il pourra être démontré que le consentement n'est pas vicié ou au contraire, que le non respect de la loi emporte irréfragablement la nullité du contrat comme le soutiennent certaines juridictions du fond. Résumer le dispositif de cette loi à une présomption simple de vice du consentement du fait de la violation de l'obligation précontractuelle d'information restreint sans doute quelque peu l'œuvre législative ; c'est cependant le meilleur compromis entre le souci d'efficacité de l'application de la loi Doubin et le respect de la cohérence des mécanismes contractuels. Le principal obstacle au développement d'une telle présomption repose sur l'article 1116, al. 2 du Code civil qui dispose que le dol ne se présume pas et doit être prouvé. Mais, précisément, l'originalité de la loi Doubin est de créer un mécanisme particulier, qui ne s'assimile pas aux vices spéciaux du consentement : l'échec des solutions d'avant la loi Doubin Note 35 comme la solution de l'arrêt du 10 février 1998 qui ramène son objet aux vices du consentement d'une façon générale, permet l'affirmation de cette présomption. Enfin pareille lecture semble être dictée par l'architecture même du dispositif légal retenu par le législateur. La loi de 1989 a pour objectif de permettre au distributeur ou prestataire de services désireux d'intégrer un réseau de s'engager en connaissance de cause, c'est-à-dire d'évaluer précisément les avantages et les inconvénients de la situation contractuelle qui lui est proposée Note 36 . Le législateur fixe un objectif impératif, à savoir que le distributeur s'engage en connaissance de cause, puis il impose les moyens d'atteindre ce but, à savoir l'ensemble des documents et informations à communiquer ainsi que les modalités de cette communication Note 37 . Cette obligation est donc duale et complexe, communiquer des informations : communiquer non pas seulement pour informer mais pour s'assurer que le partenaire s'engage en connaissance de cause. Cette exigence vise donc d'une part à assurer l'information du contractant mais également sa réflexion Note 38 . Dès lors le renforcement proposé utilise les seules ressources du droit civil et fait l'économie de l'annulation automatique particulièrement critiquable autrefois retenue par certaines cours d'appel. Cette proposition connaît peut-être quelques défauts mais comme disait avec humilité Pasteur : « *Laissez-moi vous indiquer un moyen qui ne serait certainement pas une panacée, mais dont l'efficacité m'inspire toute confiance* ».

Note 1 Élargissement que l'on pourrait même conduire jusqu'au contrat en général, tant ces obligations d'information sont présentes en droit des contrats. V. notamment M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats : LGDJ, 1992.

Note 2 Cf. G. Virassamy, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin : JCP E, 1990, I, 15809 ; G. Blanc, Les contrats de distribution concernés par la Loi Doubin, D. 1993, chron. p. 218 ; Ch. Chambonnaud, La loi du 31 déc. 1989 et la protection du franchisé : Mélanges J. Derrupé. 1991, p. 117.

Note 3 D. n° 91-337, 4 avr. 1991 portant application de l'article 1er de la L. n° 89-1008, 31 déc. 1989.

Note 4 L'article 2 du décret de 1991 punit des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5e classe toute violation de l'article L. 330-3 du Code de commerce.

Note 5 Cf. L. et J. Vogel, *Loi Doubin : des certitudes et des doutes*, D. affaires 1995, p. 5.

Note 6 Paris, 30 nov. 2001, JCP E 2002 : Cah. dr. entr. n° 3, p. 29, obs. J. Raynard ; Dr. et patrimoine juin 2002, n° 105, p. 111, obs. D. Mainguy.

Note 7 V. notamment, G. Blanc, *Les contrats concernés par la loi Doubin* : D. 1993, chron. p. 218.

Note 8 Cf. Paris, 18 mai 2000 et Cass. com., 19 oct. 1999 JCP E 2002 : Cah. dr. entr. n° 4, p. 17, obs. P Grignon (contrat de location-gérance), mais également. Montpellier. 2 avr. 1998, L. Distr. 4/1998 (contrat de commission) ou encore T. com. Paris, 22 mars 1993, D. 1994, somm., p. 281 (contrat d'affiliation). - V. toutefois, P. Lutz et M. -P. Wagner, *Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière* : D. 2001, p. 1708.

Note 9 Cass. com., Wfévr. 1998 : Bull. IV, n° 252 ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P-Y. Gautier, p. 365. - J. Mestre et Ph. Neau-Leduc, *La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin* : JCP E 1998, Cah. dr. entr. n° 2, p. 27. et depuis : Cass. com., 10 mai 2000 : JCP E 2001, Cah. dr. entr. n° 2, p. 28, obs. J.-L. Respaud. - Cass. com., 19 oct. 1999 : RJDA 2000, n° 258 ; JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° 4, p. 18, obs. J.-L. Respaud. - Cass. com., 16 mai 2000 : RJDA 2000, n° 974 ; JCP E 2001, Cah. dr. entr. n° 2, p. 28, obs. J.-L. Respaud. - Cass. com., 21 nov. 2000 : Contrats, conc., consom. 2001, comm. 20, obs. L. Leveneur ; JCP E 2001, Cah. dr. entr. n° 4, p. 26, obs. J.-L. Respaud.

Note 10 Sur la relation entre l'autorité de l'obligation et sa sanction, V. notamment. Ph. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, éd. Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.

Note 11 Montpellier, 4 déc. 1997 : JCP E, 1998, 606, obs. Ph. Neau-Leduc ; 2 avr. 1998 : JCP E 1998, Cah. dr. entr. n° 2 et 5 ; 21 mars 2000, D. 2001, Somm. p. 296, obs. D. Ferrier ; JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° p. 18, obs. J.-L. Respaud. - V. également M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Traité de droit des contrats, les contrats de la distribution* : LGDJ, 1999, n° 68.

Note 12 Il est bien entendu des juridictions du fond qui adoptent la conception prônée par la Cour de cassation. La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 15 décembre 1999, retient ainsi que : « le non respect par le franchiseur de son obligation d'information précontractuelle n'est constitutif d'un dol que s'il est établi que le comportement du franchiseur a conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter (JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° 4, p. 18, obs. J.-L. Respaud).

Note 13 M. Luby, *À propos des sanctions de la violation de l'ordre public* : Contrats, conc, consom. 2001, chron. n° 3, p. 4.

Note 14 En ce sens, V. Ph. Neau-Leduc, art. préc.

Note 15 En ce sens, V. notamment F. Terré, *Introduction générale au droit*, 4e éd., Dalloz 1998, n° 293.

Note 16 Rappr. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, éd. 2002.

Note 17 Cf. aussi Versailles, 27 janv. 2000 : JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° 4, p. 18, obs. J.-L. Respaud : la violation de la loi Doubin « a nécessairement vicié le contrat ».

Note 18 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n° 54.

Note 19 Cass. com., 10 mai 2000, Jurisp. auto. déc. 2000, n° 714, p. 565 ; JCP E 2001, Cah. dr. entr. n° 2, p. 28, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud.

Note 20 Cass. com., 19 mai 1992 : JCP E, 1992, I, 387, note L Leveneur.

Note 21 Paris. 22 sept. 1992 : D. 1995, somm. p. 78, obs. D. Ferrier, et D. Ferrier, *Droit de la distribution* : Litec, 3e éd., 2002, n° 569.

Note 22 Cf. Cass. com., 19 mai 1992 : Contrats, conc., consom. 1992, comm. 153, obs. L. Leveneur ; Cass. com., 30 janv. 1996 : JCP, G, I, 3929, obs. C. Jamin : RJDA 1996, n° 776.

Note 23 Cass. com., 4 déc. 1990 : JCP G 1991, II, 21725, note G. Virassamy : « l'importance démesurée des différences entre les prévisions des études préalables et les résultats de l'exploitation, leur mutisme sur des difficultés conjoncturelles pourtant de nature à les tempérer, la contradiction entre cette attitude excessivement

encourageante avant la conclusion de l'accord et l'aveu par le franchiseur, moins de six mois après l'ouverture du magasin franchisé, de l'impossibilité de lui éviter des déficits chroniques ». - V. aussi, Cass. com., 30 janv. 1996, préc. estimant qu'une erreur de 30% ne constituait pas une violation de l'obligation d'information.

Note 24 Cf. CA Paris, 22 sept. 1992, D. 1995. somm. p. 78, obs. D. Ferrier.

Note 25 Cass. com. 26 févr. 1986 : Bull. civ. IV n° 33 : RTD civ. 1987, p. 85, obs. (crit.) J. Mestre : RTD com. 1987, p. 246, obs. J. Hémar et B. Bouloc : JCP, 1988, II, 20995, note G. Virassamy. - Cass. com., 10 févr. 1987 : Bull. civ. IV, n° 41 ; JCP 1988, II, 20995, note G. Virassamy.

Note 26 R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, Droit économique, Lamy, 2002, n° 3935.

Note 27 CA Versailles, 27 janv. 2000 : JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° 4, 18, obs. J.-L. Respaud.

Note 28 Cf. Rennes. 15 déc. 1999 : JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° 4, p. 18, obs. J.-L. Respaud.

Note 29 Cass. com., 30 janv. 1996 . préc.

Note 30 M. Cabrillac. Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale. Mélanges G. Marty, 1976, p. 235.

Note 31 Cass. 1re civ., 25 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 75 : JCP 1997, I, 4025, n° 7. obs. G. Viney ; RTD civ. 1997, p. 434, obs. P Jourdain. - Adde Cass. 1re civ., 29 avr. 1997 : JCP 1997, II, 22948, note D. Martin : Contrats, conc., consom. 1997, n° 111, obs. L. Leveneur. pour la responsabilité d'un avocat.

Note 32 E Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz. t. 1, n° 13.

Note 33 Cass. 1re civ., 15 mai 2002 : Contrats, conc., consom. 2002, n° 135. obs. L. Leveneur.

Note 34 M. Béhar-Touchais et M. G. Virassamy. Traité des contrats. Les contrats de la distribution, op. cit., n° 70.

Note 35 Cf. supra note (25).

Note 36 G. Virassamy, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin, JCP éd. E, 1990, I, 15809.

Note 37 Ainsi ce n'est pas parce que la méconnaissance de l'article L.330-3 n'entraîne pas automatiquement, faute d'un vice du consentement, l'annulation du contrat que la chambre commerciale de la Cour de cassation n'approuve pas des juridictions du fond de constater la nullité d'un contrat du fait de l'inobservation des exigences légales d'information précontractuelle. Par un arrêt du 16 mai 2000, la Cour de cassation retient ainsi « que si la société Uni inter justifie avoir satisfait aux exigences formelles de la loi du 31 décembre 1989 et du décret du 4 avril 1991 en transmettant, dès la première entrevue, les documents visés par ces textes, elle a méconnu les termes en se bornant à communiquer à M. Tissier des informations incomplètes sur la composition de la clientèle potentielle dont dépendaient les chances de réussite de l'implantation et du développement de l'agence » (Cass. com., 16 mai 2000, RJDA 11/2000, n° 974 ; JCP éd. E. 2001, suppl. Cah. dr. entr. 2001/2, p.26, n° 4, obs. J.-L. Respaud).

Note 38 Sur cette distinction, à propos des mesures préventives en matière de consentement, entre l'information et la réflexion des contractants, V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8ème éd., Dalloz 2002, n° 256 et s.

Jean-Louis Respaud

Maître de conférences de droit privé

Faculté de droit d'Avignon

Site internet Overblog

Les faits sont assez courants. La société LCEC, ci-après le franchisé, distributrice de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, au sein du réseau *Expert*, souscrit auprès d'une banque un prêt pour les besoins de son activité. Les époux X, certainement dirigeants sociaux, se portent alors cautions solidaires des engagements de leur société. La société devenant incapable de faire face aux remboursements d'emprunt, la banque agit contre les époux X en leur qualité de cautions. Ceux-ci appellent alors en garantie le groupement coopératif de commerçants indépendants, la société *Expert*, ci-après le franchiseur, lui reprochant d'avoir établi une étude de marché fautive à l'origine de la défaillance de la société franchisée. La Cour d'appel d'Orléans, par un arrêt du 27 novembre 2008, fait droit aux époux X. Faisant application de l'article L.330-3 C. com. (« loi Doubin »), l'arrêt d'appel retient que le franchiseur, en délivrant une étude de marché réalisée de manière fort légère, avait contracté de mauvaise foi avec le franchisé et que ces fautes précontractuelles étaient en lien direct avec le préjudice subi par les époux X. Le franchiseur se pourvoit alors en cassation. Le pourvoi est rejeté aux motifs que l'article L.330-3 C. com. est applicable, que si ce texte n'impose pas une étude prévisionnelle, dès lors que celle-ci est fournie elle doit être une présentation sincère du marché, que tel n'est pas le cas et qu'enfin ces fautes ont un lien de causalité directe avec les préjudices subis par les époux X en tant que caution ⁽¹⁹⁾.

Au cœur de l'affaire est donc cette étude prévisionnelle de marché qui pose la question de l'applicabilité de l'article L.330-3 du Code commerce (I) puis celle des effets de son application (II).

I. – Quant à l'applicabilité de l'article L.330-3 C. com.

Quant aux contrats concernés par l'application de l'article L.330-3 du Code de commerce, la question a été maintes fois posée et débattue ⁽²⁰⁾. Il est néanmoins évident que cette application est fort large ⁽²¹⁾. Tout comme en l'espèce, cette disposition a d'ailleurs déjà été appliquée à des coopératives de commerçants détaillants ⁽²²⁾. Ce n'est donc pas en termes de contrat ou de contractant qu'il faut raisonner car l'article L.330-3 du Code de commerce, à l'instar de son article L.330-1, n'a pas vocation à s'appliquer à tel ou tel contrat mais constitue une partie du régime applicable à une clause, la clause d'exclusivité. La clause

¹⁹ Cass. com., 19 janvier 2010, F-P+B, n° 09-10.980 : Bull. civ. IV, n° 15 ; JCP E & A 2010.1348, note E. Friedel et G. Toulouse ; CCC 2010, n° 92, obs. M. Malaurie-Vignal.

²⁰ P. Lutz et M.-P. Wagner, *Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière ?*, D. 2001. 1708 ; G. Blanc, *Les contrats de distributions concernés par la loi Doubin*, D. 1993. Chron. 218 ; pour une étude récente et plus générale, N. Dissaux, *L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ?*, JCP 2010, n° 5, p. 236.

²¹ V. Cass. com., 10 février 1998, Bull. civ. IV, n° 71 ; Contrats-conc.-consom. 1998, n° 55, obs. L. Leveneur ; D. 1998, somm. 334, obs. D. Ferrier ; D. 1999 p. 431, obs. Y. Marot ; RTD civ. 1998, p. 365, obs. J. Mestre ; RTD com 1998, p. 911, obs. B. Bouloc ; D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, Cah. dr. entr. 1998, n° 2, p. 21, n° 17.

²² C.A. Douai, 4 juill. 2002, D. 2002. AJ 2868, obs. Chevrier ; Lettre distrib. sept. 2002, p. 2.

présente, le régime s'applique, peu important le contrat qui lui sert de réceptacle. La question devient alors de quelle exclusivité s'agit-il ?

Le franchiseur soutenait que l'article L.330-3 C. com. ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur or le franchisé avait la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et n'était donc pas tenu à son égard d'une exclusivité d'activité. La chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'argument au motif que s'il existe bien pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité et que dès lors c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce était applicable ⁽²³⁾.

A quelle exclusivité le législateur fait-il donc référence ? Cette question soulevée par la société Expert est parfaitement pertinente . L'article L.330-3 C. com. dispose que : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ».

L'expression retenue par le législateur est « *un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité* ». La Cour de cassation retient à l'instar de la Cour d'appel d'Orléans que l'activité à considérer est celle relative aux produits ou services couverts par le contrat. Si la Cour semble aller au-delà de la lettre de la loi, elle nous semble pourtant en extirper et respecter le sens car l'activité retenue, c'est à dire celle objet de l'exclusivité, est bien celle qui est la contrepartie à la mise à disposition de l'enseigne ou de la marque.

Le critère d'application de l'article L.330-3 C. com. est donc qu'une exclusivité soit exigée concernant l'activité contractuelle et non pas nécessairement l'activité globale du distributeur ⁽²⁴⁾; le champ d'application de la loi est ainsi encore plus vaste.

II. – Quant à l'application de l'article L.330-3 C. com.

L'application de l'article L.330-3 Code de commerce peut paraître *a priori* curieuse s'agissant de l'étude prévisionnelle de marché puisque, comme le soulignait la société Expert, ses dispositions, ni celles du décret d'application du 4 avril 1991, ne mettent à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels ⁽²⁵⁾ et que dès lors si de tels documents sont néanmoins communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition.

L'argument est balayé en les termes suivants : « *si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une*

²³ Pour une autre hypothèse d'application de cette disposition à un engagement de quasi-exclusivité, V. Cass. com., 19 octobre 1999, n° de pourvoi : 97-14366, D. 2001, somm. 296, obs. D. Ferrier.

²⁴ En ce sens, C.A. Agen, 12 mars 2008, CCC 2008, n° 199, obs. M. Malaurie-Vignal.

²⁵ En ce sens, Cass. com., 11 février 2003, n° de pourvoi : 01-03932, Cah. dr. entr. 5/2003, p. 43, obs. D. Mainguy, D. 2003, p. 2304, obs. H. Kenfack.

telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ».

Comment une hypothèse non couverte par un texte peut-elle pourtant y trouver son imputation, son régime ? Le raisonnement de la Cour peut intriguer. Il n'en est pourtant rien. La loi Doubin poursuit un objectif, à savoir que le débiteur d'exclusivité puisse s'engager en connaissance de cause ; elle impose pour ce faire des moyens que sont les documents et informations devant être communiqués préalablement à la conclusion du contrat. Il nous semble que d'une part, l'objectif prime les moyens et que, le texte n'interdit pas de produire d'autres informations, d'autre part. Mais si tel est le choix du créancier d'exclusivité, en l'espèce le franchiseur, alors les autres éléments communiqués ne doivent pas porter atteinte à l'objectif d'engagement en connaissance de cause du franchisé. S'agissant d'une étude prévisionnelle, l'article L.330-3 C. com. met donc « *à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local* ». Rien de surprenant. En effet, ce n'est pas parce qu'un document n'est pas prévu par la liste des informations précontractuelles à communiquer pour servir au consentement éclairé du distributeur, que ledit document peut, par un raisonnement *a contrario* bien mal venu, aller à l'encontre de cet objectif. Bien que la fiabilité de l'étude de marché soit considérée comme une obligation de moyens ⁽²⁶⁾, une différence de 36 % entre les prévisions et les chiffres réalisés démontre le caractère léger et donc fautif de l'étude prévisionnelle ⁽²⁷⁾.

Les conséquences de cette lecture sont capitales : « *les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO* ». La Cour retient ainsi que le caractère fautif de l'étude violant les exigences de l'article L.330-3 C. com. qui n'a pas permis à la société franchisée de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, est ainsi la cause directe des déconvenues de celle-ci et des déboires subis par les époux X, en leur qualité de caution.

Cet arrêt est donc important : en effet, si la violation de l'article L.330-3 du Code de commerce ne présente guère d'utilité quant au sort du contrat, en particulier son annulation ⁽²⁸⁾, la méconnaissance de ces exigences peut être redoutable quant à la responsabilité de son auteur ⁽²⁹⁾. En effet que la méconnaissance des exigences de l'article L.330-3 du Code de commerce emporte ou pas un vice du consentement susceptible d'anéantir le contrat, elle n'en constitue pas moins une faute délictuelle qui engage la responsabilité de son auteur et oblige celui-ci à réparer, au titre de l'article 1382 du Code civil, les dommages qui en sont la conséquence directe.

Cass. com., 19 janvier 2010, F-P+B, n° 09-10.980

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 27 novembre 2008), que la Banque régionale de l'Ouest (la BRO), aux droits de laquelle se trouve le Crédit industriel de l'Ouest, a consenti à la société LCEC, avec le cautionnement solidaire des époux X... et de la société HCCL, société holding appartenant à ceux-ci, un prêt ayant pour objet le financement

²⁶ Cass. com., 11 janvier 2000 : n° de pourvoi : 97-16419, RJDA 3/2000, n° 259.

²⁷ Rapp. Cass. com. 24 févr. 1998 n° 95-20.438 et CA Paris, 16 janv. 1998, D. 1998, somm. 337, obs. D. Ferrier ; CA Lyon, 12 juin 2003, Lettre distr., nov. 2003, p. 2 ; V. égal. Cass. com. 5 déc. 2000 n° 98-16.524, RJDA 4/2001, n° 440.

²⁸ V. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Comment renforcer l'efficacité de la Loi Doubin ?* : Contrats-Conc.-Consum., mars 2003, p. 5.

²⁹ Dans le même sens, Cass. com., 25 sept. 2007, n°05-20922 et en sens contraire pour absence de lien de causalité V. Cass. com. 16 mai 2000 : n° 97-16.386, JCP, éd. E, 2001.269, obs. P. Neau-Leduc.

de travaux d'aménagement et des besoins en fonds de roulement d'un magasin de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, créé sous l'enseigne Expert, laquelle est exploitée par un groupement coopératif de commerçants indépendants qui, par l'adhésion au réseau, bénéficient d'une centrale de référencement ; que la société LCEC ayant été mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a déclaré sa créance et assigné les cautions en exécution de leurs engagements ; que les époux X... ont alors appelé en garantie les sociétés Groupe Expert et Expert France, devenue la société EX & CO (les sociétés Expert), en leur reprochant d'avoir établi une étude de marché fautive à l'origine de la défaillance de la société LCEC ; que M. Z..., mandataire liquidateur de la société LCEC, et la société Langlois, maison mère de cette société, sont intervenus volontairement à l'instance ;

Attendu que les sociétés Expert font grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à garantir les époux X... au titre des sommes dues à la BRO ainsi qu'à payer à M. X... la somme de 73 700 euros et à M. A..., liquidateur des sociétés Langlois et HCCL, la somme de 76 300 euros à titre de dommages-intérêts, alors selon le moyen :

1°/ que "Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur ; qu'en relevant que les sociétés Langlois et LCEC avaient la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et donc n'étaient pas tenues à l'égard des sociétés Expert d'une exclusivité d'activité, et en appliquant néanmoins les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce relatives à l'information préalable, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article L. 330-3 du code de commerce ;

2°/ que la pièce n° 10 intitulée «Etude de marché» indiquait dans la rubrique «Estimation du marché potentiel» un simple «CA (chiffre d'affaires) théorique objectif» (Etude de marché, p. 38) pour trois années et non de véritables «comptes prévisionnels» ; qu'en considérant néanmoins que les sociétés Expert avaient établi des «comptes prévisionnels», et, partant, commis une faute à l'origine des préjudices subis par les époux X... et les sociétés LCEC et Langlois, la cour d'appel a dénaturé l'«Etude de marché» et violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que l'article L. 330-3 du code de commerce ne met pas à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels ; que si de tels documents sont néanmoins établis et communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition ; qu'en considérant néanmoins que, dans le cas où de telles informations sont données, l'article L. 330-3 du code de commerce impose à l'animateur du réseau une présentation sincère du marché local ainsi que l'établissement de budgets raisonnables sur la base de chiffres non contestables, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 330-3 du code de commerce ainsi que l'article 1382 du code civil ;

4°/ que la bonne foi est toujours présumée et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ; qu'en considérant que les sociétés Expert avaient méconnu leur obligation de contracter de bonne foi en délivrant une étude de marché local ainsi que des comptes prévisionnels trop optimistes, sans pour autant caractériser leur mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2274 du code civil ;

5°/ que seul le dommage directement causé par une faute est réparable ; que la cour d'appel n'a pas recherché si la faute reprochée consistant dans la réalisation d'une étude du marché local insuffisante ainsi que dans l'établissement de comptes prévisionnels trop optimistes, était à l'origine du préjudice et n'a pas vérifié si les époux X... n'auraient pas conclu, en toute hypothèse, le contrat ; qu'en mettant néanmoins à la charge des sociétés Expert la réparation de l'entier dommage découlant de la conclusion du contrat avec les époux X..., sans vérifier si les fautes reprochées aux sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent avaient directement causé la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc la mise en œuvre des cautionnements par la BRO, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que s'il existe pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité, c'est à

bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce s'imposait aux sociétés Expert ;

Attendu, en deuxième lieu, que si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt précise que la charte de partenariat Expert est donnée avec calcul d'un chiffre d'affaires prévisionnel figurant dans une étude de marché de quarante huit pages dont il détaille le contenu et les défauts de méthode ; qu'il relève que le chiffre d'affaires réalisé par la société LCEC a été inférieur de plus de 36 % au chiffre d'affaires prévisionnel et retient que l'ampleur des différences entre prévisions et résultats traduit la légèreté avec laquelle cette étude a été entreprise alors qu'aucune faute de gestion expliquant les déboires du fonds de commerce n'est démontrée ; que la cour d'appel qui n'a pas dénaturé l'«Etude de marché» et n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la quatrième branche, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que l'arrêt relève que les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ; qu'ayant ainsi procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir négligée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

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

REJETTE le pourvoi ;

Recension de textes et jurisprudences

I. –ART. L 330-3 C. COM. (ANCIEN ART. 1^{ER} DE LA LOI DU 31 DEC. 1989 DITE LOI DOUBIN)

LES TEXTES

Code de commerce

Article L330-3

Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent.

Art. R. 330-1

Le document prévu au premier alinéa de l'article L. 330-3 du code de commerce doit contenir les informations suivantes :

1° L'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale ; le cas échéant, le montant du capital ;

2° Le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou le numéro d'inscription au répertoire des métiers ainsi que la date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie ;

3° La ou les domiciliations bancaires de l'entreprise. Cette information peut être limitée aux cinq principales domiciliations bancaires ;

4° La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants.

Les informations mentionnées à l'alinéa précédent peuvent ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document. Elles doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché.

Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les rapports établis au titre des deux derniers exercices en application du troisième alinéa de l'article L. 232-7 du code de commerce ;

5° Une présentation du réseau d'exploitants qui doit comporter :

a) La liste des entreprises qui en font partie avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu ;
b) L'adresse des entreprises établies en France avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée ; la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats est précisée ;

Lorsque le réseau compte plus de cinquante exploitants, les informations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont exigées que pour les cinquante entreprises les plus proches du lieu de l'exploitation envisagée ;

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document doit préciser si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé ;

d) S'il y a lieu, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci ;

6° L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

Le document doit, en outre, préciser la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat devra engager avant de commencer l'exploitation.

Art. R.330-2

Sera punie des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5e classe toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article L. 330-3 du code de commerce.

En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la 5e classe sont applicables.

Code civil

Art. 1112-1

Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

Article 1130

L'erreur, le dol et la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

Article 1131

Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

Article 1132

L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

Article 1133

Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité.

Article 1134

L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne.

Article 1135

L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité.

Article 1136

L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.

Article 1137

Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation.

Article 1138

Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence.

Article 1139

L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.

« L'avant-Loi Doubin »

Cass. com., 25 février 1986, n° de pourvoi 84-13432, publié au bulletin

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 1382 et 1383 du Code civil ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, qu'au mois de novembre 1979, la direction de la Région Nord-Est de Paris de la Société des Automobiles Talbot, devenue en cours de procédure la Société des Automobiles Peugeot, a pressenti, pour devenir son concessionnaire sur le territoire des communes du Raincy de Villemomble, de Gagny et de Rosny, la société Turco Le Raincy (société Turco) ancien concessionnaire des marques Renault puis Mercedes pour l'information de laquelle elle a établi un compte d'exploitation prévisionnel faisant apparaître à l'expiration de la première année de collaboration un certain bénéfice dans une perspective de vente de 370 voitures neuves ; qu'après ces contacts, la société Turco a signé le 2 janvier 1980 un contrat de concession pour une durée d'une année non renouvelable par tacite reconduction que la société Talbot a déclaré ne pas vouloir reconduire à compter du 31 décembre 1980 par lettre recommandée du 29 septembre 1980 ;

Attendu que, pour condamner la société Automobiles Peugeot, aux droits de la société Talbot, à payer à la société Turco une indemnité en réparation du dommage causé par les fautes pré-contractuelles qui auraient été commises par la société Talbot lors de la conclusion du contrat de concession, la Cour d'appel énonce que, lors de l'établissement du bilan prévisionnel, le conseiller de gestion de la société Talbot a, en indiquant à son partenaire un objectif en hausse pour 1980, laissé présager une évolution favorable alors que toutes les tendances dont il avait connaissance donnaient à prévoir une aggravation de la récession et que pour sa part, la société Turco ne disposait pas des éléments nécessaires pour contrôler le sérieux d'une telle prévision ;

Attendu qu'en s'abstenant de préciser en quoi la société Turco, dont elle avait pourtant retenu la qualité de professionnel du marché de l'automobile n'aurait pas eu les éléments nécessaires pour contrôler le sérieux de la prévision faite par la société Talbot, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE les arrêts rendus les 22 avril 1983 et 15 mars 1984, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Amiens.

« Loi Doubin » / Domaine d'application

Cass. com., 10 février 1998, n° de pourvoi 95-21906, publié au bulletin

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, le 6 juin 1989, la société ED Le Maraîcher SA, filiale de la société Erteco, a été constituée afin de regrouper l'activité de distribution de fruits et légumes de cette dernière ; qu'ensuite, la société Erteco a proposé à plusieurs de ses salariés d'exploiter des fonds de commerce de fruits et légumes dans des emplacements situés à l'intérieur de ses surfaces commerciales, par le biais d'une location-gérance ; que sept contrats furent ainsi conclus courant 1989, 1990 et 1991, entre elle-même et sept sociétés anonymes créées pour la circonstance et dans lesquelles elle détenait une action : les sociétés ED Le Maraîcher Malmaison, ED Le Maraîcher Moquet, ED Le Maraîcher Colombes, ED Le Maraîcher La Courneuve, ED Le Maraîcher Saint-Mandé, ED Le Maraîcher Francoeur et ED Le Maraîcher Faubourg-Saint-Antoine ; que ces contrats, conclus pour une durée de 15 ans, à l'exception des deux derniers, prévoyaient le paiement par les locataires-gérants d'un loyer mensuel de 6 000 francs et d'une redevance de 3 % du chiffre d'affaires ainsi que l'exclusivité de l'approvisionnement des locataires-gérants auprès de la " plate-forme " de la société ED Le Maraîcher SA ; que des différends étant survenus, les locataires-gérants ont assigné les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA pour obtenir l'annulation des contrats de location-gérance et de société conclus pour cette opération, ainsi que des dommages-intérêts ; que, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a prononcé la nullité des contrats de location-gérance et de société et ordonné une expertise pour évaluer le préjudice ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :

Attendu que les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA font grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité de six contrats de location-gérance pour défaut d'information précontractuelle alors, d'une part, que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 n'étant applicable qu'aux conventions dont l'objet principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, la cour d'appel a violé ce texte en l'appliquant à des contrats de location-gérance de fonds de commerce ; alors, d'autre part, qu'à tout le moins, en ne recherchant pas si les contrats de location-gérance avaient pour objet de mettre à la disposition des sociétés locataires-gérantes un nom commercial ou une enseigne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Mais attendu que c'est à bon droit que l'arrêt retient, justifiant par là même sa décision, que les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des parties ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en sa troisième branche ;

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'est limitée à dix ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu qu'ayant constaté que certains des contrats de location-gérance étaient assortis d'une clause d'exclusivité supérieure à 10 ans, la cour d'appel en a prononcé l'annulation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les contrats étaient valides jusqu'à l'échéance du terme de dix ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu que, pour annuler les sept contrats de location-gérance, l'arrêt retient que les dispositions relatives à l'approvisionnement exclusif ne comportent pas de mention relative à la détermination du prix, les documents produits établissant au demeurant que le fournisseur le fixait unilatéralement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article 1832 du Code civil ;

Attendu que pour annuler les contrats de société, l'arrêt retient que les parties n'avaient pas l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité car les contrats n'avaient été conclus que pour permettre l'établissement des contrats de location-gérance, la société ED Le Maraîcher SA cherchant à maintenir son contrôle sur le marché et son associé cherchant à accéder à l'activité de commerçant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs relatifs aux motivations des parties, impropres à exclure leur volonté réelle de s'associer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il a annulé les contrats de location-gérance et de société, l'arrêt rendu le 7 juillet 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les

parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

Cass. com., 26 avril 2017, n° de pourvoi: 15-14240 Non publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bourges, 18 décembre 2014) et les productions, que M. et Mme X..., qui étaient associés au sein de la SARL Euro diffusion ayant une activité de solderie et de vente de produits dégriffés, ont engagé des pourparlers avec le groupe de distribution E. Leclerc en vue de l'ouverture d'une grande surface alimentaire à cette enseigne, à Saint-Amand-Montrond (Cher) ; qu'ils ont constitué pour son exploitation la SAS Samdis dirigée par M. X..., et conclu un contrat de parrainage avec les sociétés Nevers Dis, Sodicier, Avermes distribution et Bourges Dis, apporteurs de fonds, ce contrat prévoyant la cession à celles-ci des actions de la société Samdis en cas de mauvais résultats ; que M. et Mme X... ont également conclu avec les mêmes sociétés ainsi qu'avec la société Perelec un contrat de cession des parts sociales de la SCI Belle-Isle Colbert, propriétaire des terrains et constructions sur lesquels la société Eurodiffusion exerçait son activité, ainsi qu'une promesse de cession des parts de la société Eurodiffusion, avec possibilité de substitution de la société Samdis ; que les sociétés Nevers Dis, Sodicier, Avermes distribution et Bourges Dis ayant mis en oeuvre la clause de cession des actions de la société Samdis prévue dans le contrat de parrainage, M. et Mme X... les ont assignées ainsi que les sociétés Samdis et Perelec en annulation des conventions de cession de leurs parts dans le capital des sociétés Belle-Isle Colbert et Eurodiffusion, ainsi qu'en résolution de la promesse de vente de leurs actions de la société Samdis consentie aux membres du groupe de parrainage ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes d'annulation des contrats de cession des parts de la SCI Belle-Isle Colbert et de la société Eurodiffusion alors, selon le moyen :

1°/ qu'ils se prévalaient de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce à propos de la conclusion du contrat de parrainage et du contrat d'affiliation et qu'en raison de l'indivisibilité de l'ensemble des conventions conclues, il appartenait aux juges du fond de se prononcer sur la méconnaissance par leurs co-contractants de l'obligation d'information précontractuelle à leur charge ; qu'en statuant par un motif inopérant, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce, ensemble l'article 1110 du code civil ;

2°/ qu'en retenant que les appelants se seraient contredits en soutenant qu'aucun compte d'exploitation prévisionnel ne leur avait été fourni avant la signature des contrats puis que deux comptes prévisionnels leur auraient été remis les 7 et 25 septembre 2005, soit avant l'agrément du 16 décembre 2005, sans répondre au moyen de leurs écritures par lequel, sans se contredire, ils faisaient valoir que si un compte d'exploitation prévisionnel leur avait été présenté, ils avaient simplement pu le consulter à l'occasion des négociations, dans les locaux de la SCEA Centre, en présence de l'avocat et du comptable de celle-ci sans aucune possibilité de les étudier, notamment avec leur conseil, de sorte que ces comptes d'exploitation prévisionnels ne pouvaient être considérés comme leur ayant été fournis au sens de l'article L. 330-3 du code de commerce, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile qu'elle a violé ;

3°/ qu'en affirmant que le prévisionnel paraissait tout à fait adapté en se référant simplement au niveau des charges de personnel prévu par celui-ci sans répondre au moyen des écritures des époux X... qui, indépendamment du taux retenu pour ces frais de personnel, faisaient encore valoir qu'avaient été retenus des loyers inférieurs de 140 000 euros à ceux qui devaient être réellement pratiqués auxquels s'ajoutait la taxe foncière pour 103 000 euros et que les frais financiers auxquels la société Samdis devrait faire face avaient été sous-estimés dès lors que le capital social dérisoire dont elle avait été dotée au regard de l'activité envisagée et les conditions et délais peu usuels de remboursement dont avaient bénéficié les sociétés parrains avaient conduit à des frais financiers annuels d'un montant de 500 000 euros, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile qu'elle a violé ;

4°/ qu'ils faisaient encore valoir qu'en application des dispositions de l'article R. 330-1 du code de commerce, auraient dû également être fournis des informations techniques sur les sociétés parrains, leurs liens avec le groupe Leclerc, des informations sur le réseau, sur le marché, le marché local très difficile du fait de l'installation de deux hypermarchés, enfin sur les contrats à conclure, de sorte qu'en s'abstenant également de répondre à ce moyen des écritures des époux X..., la cour d'appel a encore violé les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ qu'en affirmant que les époux X... n'auraient pas fait la preuve de l'absence de rentabilité de l'entreprise alléguée, et ce motifs pris de la hausse constante du chiffre d'affaires de 2010 à 2012, quand l'appréciation de la rentabilité supposait d'avoir égard non au chiffre d'affaires, mais au résultat et de prendre également en compte les premiers exercices, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a encore privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1110 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant exactement retenu que M. et Mme X... n'étaient pas en droit de se prévaloir de l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce, préalablement à la signature des contrats de cession de parts sociales dont elle avait constaté qu'ils ne formaient pas avec les autres contrats un ensemble indivisible, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions inopérantes invoquées aux deuxième, troisième et quatrième branches, a légalement justifié sa décision ; que le moyen, inopérant en sa cinquième branche qui critique un motif surabondant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Domaine d'application / notion d'exclusivité

Cass. com., 19 janvier 2010, F-P+B, n° 09-10.980

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 27 novembre 2008), que la Banque régionale de l'Ouest (la BRO), aux droits de laquelle se trouve le Crédit industriel de l'Ouest, a consenti à la société LCEC, avec le cautionnement solidaire des époux X... et de la société HCCL, société holding appartenant à ceux-ci, un prêt ayant pour objet le financement de travaux d'aménagement et des besoins en fonds de roulement d'un magasin de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, créé sous l'enseigne Expert, laquelle est exploitée par un groupement coopératif de commerçants indépendants qui, par l'adhésion au réseau, bénéficient d'une centrale de référencement ; que la société LCEC ayant été mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a déclaré sa créance et assigné les cautions en exécution de leurs engagements ; que les époux X... ont alors appelé en garantie les sociétés Groupe Expert et Expert France, devenue la société EX & CO (les sociétés Expert), en leur reprochant d'avoir établi une étude de marché fautive à l'origine de la défaillance de la société LCEC ; que M. Z..., mandataire liquidateur de la société LCEC, et la société Langlois, maison mère de cette société, sont intervenus volontairement à l'instance ;

Attendu que les sociétés Expert font grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à garantir les époux X... au titre des sommes dues à la BRO ainsi qu'à payer à M. X... la somme de 73 700 euros et à M. A..., liquidateur des sociétés Langlois et HCCL, la somme de 76 300 euros à titre de dommages-intérêts, alors selon le moyen :

1°/ que "Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur ; qu'en relevant que les sociétés Langlois et LCEC avaient la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et donc n'étaient pas tenues à l'égard des sociétés Expert d'une exclusivité d'activité, et en appliquant néanmoins les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce relatives à l'information préalable, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article L. 330-3 du code de commerce ;

2°/ que la pièce n° 10 intitulée «Etude de marché» indiquait dans la rubrique «Estimation du marché potentiel» un simple «CA (chiffre d'affaires) théorique objectif» (Etude de marché, p. 38) pour trois années et non de véritables «comptes prévisionnels» ; qu'en considérant néanmoins que les sociétés Expert avaient établi des «comptes prévisionnels», et, partant, commis une faute à l'origine des préjudices subis par les époux X... et les sociétés LCEC et Langlois, la cour d'appel a dénaturé l'«Etude de marché» et violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que l'article L. 330-3 du code de commerce ne met pas à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels ; que si de tels documents sont néanmoins établis et communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition ; qu'en considérant

néanmoins que, dans le cas où de telles informations sont données, l'article L. 330-3 du code de commerce impose à l'animateur du réseau une présentation sincère du marché local ainsi que l'établissement de budgets raisonnables sur la base de chiffres non contestables, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 330-3 du code de commerce ainsi que l'article 1382 du code civil ;

4°/ que la bonne foi est toujours présumée et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ; qu'en considérant que les sociétés Expert avaient méconnu leur obligation de contracter de bonne foi en délivrant une étude de marché local ainsi que des comptes prévisionnels trop optimistes, sans pour autant caractériser leur mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2274 du code civil ;

5°/ que seul le dommage directement causé par une faute est réparable ; que la cour d'appel n'a pas recherché si la faute reprochée consistant dans la réalisation d'une étude du marché local insuffisante ainsi que dans l'établissement de comptes prévisionnels trop optimistes, était à l'origine du préjudice et n'a pas vérifié si les époux X... n'auraient pas conclu, en toute hypothèse, le contrat ; qu'en mettant néanmoins à la charge des sociétés Expert la réparation de l'entier dommage découlant de la conclusion du contrat avec les époux X..., sans vérifier si les fautes reprochées aux sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent avaient directement causé la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc la mise en œuvre des cautionnements par la BRO, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que s'il existe pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce s'imposait aux sociétés Expert ;

Attendu, en deuxième lieu, que si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt précise que la charte de partenariat Expert est donnée avec calcul d'un chiffre d'affaires prévisionnel figurant dans une étude de marché de quarante huit pages dont il détaille le contenu et les défauts de méthode ; qu'il relève que le chiffre d'affaires réalisé par la société LCEC a été inférieur de plus de 36 % au chiffre d'affaires prévisionnel et retient que l'ampleur des différences entre prévisions et résultats traduit la légèreté avec laquelle cette étude a été entreprise alors qu'aucune faute de gestion expliquant les déboires du fonds de commerce n'est démontrée ; que la cour d'appel qui n'a pas dénaturé l'«Etude de marché» et n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la quatrième branche, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que l'arrêt relève que les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ; qu'ayant ainsi procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir négligée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

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

REJETTE le pourvoi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 10 juillet 1991, les époux Decroix ont conclu avec la société Prodim, d'une part un accord de franchisage en vue de l'exploitation d'un magasin d'alimentation générale sous l'enseigne "8 à huit", d'autre part un contrat d'approvisionnement prioritaire ; qu'après dénonciation de l'accord par les époux Decroix, la société Prodim a assigné ceux-ci en paiement des arriérés de cotisations et de l'indemnité de rupture contractuellement prévue ; que les époux Decroix ont reconventionnellement sollicité l'annulation du contrat et le paiement d'une certaine somme ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré nul le contrat de franchisage la liant aux époux Decroix et d'avoir, en conséquence rejeté les demandes en paiement de cotisations de franchise et de pénalités qu'elle avait formées et de l'avoir condamnée au paiement de diverses sommes, alors, selon le pourvoi, d'une part, que la loi du 31 décembre 1989 n'est applicable qu'aux contrats imposant en droit une exclusivité ou une quasi-exclusivité d'activité du franchisé au profit du franchiseur ; qu'en se bornant à constater que les époux Decroix avaient en fait une activité exercée presque exclusivement au profit de la société Prodim, sans rechercher si le contrat liant les parties imposait cette quasi-exclusivité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi susvisée ; alors, d'autre part, que l'exclusivité d'activité visée par la loi du 31 décembre 1989 est déterminée uniquement par rapport aux fournisseurs du magasin et aux marchandises vendues par ceux-ci ; qu'en se fondant, par motifs adoptés, sur l'activité des époux Decroix au profit de leur magasin et sur les services de gestion rendus par elle, pour dire cette loi applicable en l'espèce, la cour d'appel a violé l'article 1er du texte précité ;

Mais attendu, que l'arrêt relève, que l'activité des époux Decroix consistait quasi-exclusivement à distribuer des marchandises de Prodim et des fournisseurs agréés par elle ; que la cour d'appel a pu déduire que les dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 était applicable, a ainsi légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé en ses deux premières branches ;

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

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler le contrat de franchisage, la cour d'appel se borne à énoncer que les franchisés n'ont obtenu communication de certains documents préalables à la signature du contrat que quatorze jours avant la date de celle-ci ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information dans le délai prévu par la loi du 31 décembre 1989, avait eu pour effet de vicier le consentement des franchisés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 février 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ;

Domaine d'application / contrat renouvelé

Cass. com., 14 janvier 2003

n° de pourvoi : 00-11781

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte sous seing privé en date du 1er novembre 1989, Mme X... et la société Hygiène diffusion, titulaire de l'enseigne "bébé cash" ont conclu un contrat de concession exclusive ; qu'à la suite d'incidents de paiement, la société Hygiène diffusion a assigné sa cocontractante en paiement de factures impayées ; que par jugement du 4 juin 1997, une condamnation en paiement en deniers ou quittances a été prononcée contre Mme X... ; qu'en cause d'appel, Mme X... a invoqué les dispositions de la loi du 31 décembre 1989 en relevant l'absence d'informations précontractuelles mises à sa disposition par le franchiseur ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable, pris en sa première branche :

Attendu que la société Hygiène diffusion fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré nul le contrat conclu avec Mme X..., alors, selon le moyen : que les dispositions de l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, qui mettent à la charge de toute personne mettant à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en

exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, une obligation d'information préalablement à la signature de tout contrat commun conclu dans l'intérêt commun des deux parties, ne sont pas applicable en cas de reconduction tacite du contrat, en l'absence de signature d'un nouvel acte; que la cour d'appel qui, pour déclarer nul le contrat de concession exclusive conclu entre Mme X... et la société Hygiène diffusion, a retenu que cette dernière devait se conformer aux dispositions de la loi pour les contrats conclus à partir du 1er novembre 1989, et sans constater la signature d'un acte postérieur, a violé l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, ensemble l'article 2 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté l'existence d'un nouveau contrat postérieur au 1er janvier 1991, fût-il la reproduction du contrat initial par tacite reconduction, la cour d'appel a justement retenu que la société Hygiène diffusion devait se conformer à l'obligation d'information résultant de l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 pour ce contrat ; que le grief n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce ;

Attendu que pour décider que le contrat conclu entre la société Hygiène diffusion et Mme X... était nul, l'arrêt retient que la société Hygiène diffusion ne conteste pas ne pas avoir délivré d'information précontractuelle à Mme X... et que cette obligation, pénalement sanctionnée, présente une caractère d'ordre public dont l'inexécution suffit à entraîner la nullité du contrat ;

Attendu qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans rechercher si ce défaut d'information avait vicié le consentement de Mme X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 novembre 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Contrats renouvelés / Application (oui)

Cass. com., 9 oct. 2007, n°05-14118 (inédit) :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Espace télécommunication équipement (ETE), mise par la suite en redressement puis liquidation judiciaires, a conclu en 1998 et 1999 avec la société Cellcorp, mandataire de la Société française de radiotéléphone (SFR), six contrats de franchise, stipulant notamment la perception par le franchisé d'une rémunération forfaitaire fixe, calculée à partir du nombre d'abonnements souscrits dans le point de vente, d'une rémunération variable calculée à partir du chiffre d'affaires encaissé par la société SFR sur les abonnements souscrits par le distributeur, et de primes et compléments en cas de renouvellement de téléphone mobile sans changement de ligne par un abonné SFR ; que ces conventions, conclues pour une période de deux ans renouvelable par période d'un an, sauf dénonciation moyennant un préavis de trois mois, ont été tacitement renouvelés jusqu'à ce que la société SFR refuse, en 2002 et 2003, de procéder au renouvellement de cinq d'entre eux à leur échéance, et notifie la résiliation sans préavis du sixième, concernant un point de vente situé à Sélestat;

...

Vu l'article L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu que pour rejeter les demandes du liquidateur de la société ETE tendant à la condamnation de la société SFR au paiement de dommages-intérêts à raison de fautes commises lors du renouvellement et de l'exécution des contrats renouvelés, l'arrêt retient que l'obligation d'information résultant du texte susvisé n'est susceptible d'entraîner la nullité du contrat qu'autant qu'elle a vicié le consentement du franchisé, et que tel ne peut être le cas, la société ETE étant en charge de plusieurs magasins pour lesquels les contrats ont été renouvelés, ce qui suffit à démontrer qu'elle était parfaitement informée ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que le franchiseur avait manqué à son obligation d'information à l'occasion du renouvellement, fût-il tacite, des accords de franchisage, et sans constater que le dommage dont le franchisé, qui ne poursuivait pas l'annulation de ces contrats, réclamait réparation à raison de ce

manquement n'était dû qu'à sa propre faute, la cour d'appel, qui s'est prononcée par motifs inopérants pris de l'absence de vice du consentement, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

...

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du premier moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes d'indemnisation formulées par la société Espace télécommunication équipement sur le fondement du manquement de la société Française de radiotéléphone à ses obligations d'information, et sur la perte de clientèle à raison de la dénonciation des contrats "partenaires", l'arrêt rendu le 26 janvier 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Domaine d'application / contrat cédé

Contrats cédés / Application (oui)

Cass. com., 21 fév.2012, n°11-13653 (Bull. 2012, IV, n° 39) :

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, par acte du 17 février 2004, la société Marina Europe a cédé à la société Etablissements Y... (la société Y...) un fonds de commerce de négoce de bateaux et matériels nautiques exploité à La Rochelle ; que la société Marina Europe avait, en 1997, conclu un contrat de concession avec la société Bénéteau, devenue la société Chantiers Bénéteau, aux droits de laquelle vient la société SPBI (la société Chantiers Bénéteau) ; que par un avenant au contrat de concession en date du 3 mai 2004, la société Chantiers Bénéteau a agréé la société Y... en qualité de nouveau concessionnaire au lieu et place de la société Marina Europe ; que soutenant que la société Y... avait manqué à ses obligations contractuelles, la société Chantiers Bénéteau lui a notifié la résiliation du contrat ; qu'invoquant notamment, que la société Chantiers Bénéteau n'avait pas respecté l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce, la société Y..., ainsi que ses associés M. et Mme Y..., l'ont fait assigner en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter l'ensemble des demandes de la société Y... et de M. et Mme Y..., l'arrêt retient que l'obligation d'information précontractuelle, édictée par l'article L. 330-3 du code de commerce, s'impose au concédant avant la conclusion du contrat de concession et non lors d'une cession d'un contrat en cours entre concédants prédécesseur et successeur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Chantiers Bénéteau avait agréé la société Y... en qualité de nouveau concessionnaire et qu'une telle modification du contrat initial imposait que le concédant fournisse à son nouveau cocontractant les informations lui permettant de s'engager en connaissance de cause à exécuter le contrat de concession, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de la société Etablissements Y... et de M. et Mme Y..., l'arrêt rendu le 11 janvier 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Contenu de l'obligation / Etude du marché local (non)

Cass. com., 11 février 2003, n° de pourvoi : 01-03932

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 janvier 2001), que la société Aixapp a judiciairement poursuivi l'annulation d'un accord de franchise conclu le 17 juin 1994 avec la société Cocidac, aux droits de laquelle est la société Jeff de Bruges France, en soutenant que son consentement avait été vicié en raison d'une information préalable défectueuse de la part de ce franchiseur ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Jeff de Bruges France fait grief à l'arrêt d'avoir annulé le contrat de franchise et de l'avoir condamnée à rembourser diverses sommes ainsi qu'à payer des dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / qu'en affirmant que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local qui comprend nécessairement celle de la concurrence locale sur les produits concernés par la franchise, cependant qu'il ne ressort ni de ce texte ni de l'article 1er du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 une telle obligation incombant au franchiseur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2 / qu'il appartient au franchisé de rapporter la preuve d'une erreur ayant vicié son consentement ; qu'ayant relevé que le document précontractuel ne renseigne pas sur la zone de chalandise, que ce renseignement est essentiel au candidat franchisé pour appréhender la concurrence, que la liste des concurrents n'est pas complète, qu'elle a été élaborée hâtivement, que la présentation faite ne distingue pas les chocolatiers justifiant d'une enseigne nationale qui sont les concurrents de la franchise Jeff de Bruges des chocolatiers spécialisés anciennement implantés ni de ceux qui pratiquent cette activité de manière occasionnelle, ce qui ne permet pas d'appréhender la situation exacte de la concurrence, que cette présentation ne donne pas des informations sincères pour retenir que le franchiseur n'a pas présenté avec soin la situation locale et que les omissions commises ont donné au candidat franchisé une image inexacte de l'environnement qui a été déterminante dans le consentement erroné qu'il a donné en contractant sans rechercher, comme elle y était invitée, si le franchisé qui a choisi l'emplacement et s'était rendu à plusieurs reprises sur place n'avait pas été à même de s'informer sur la concurrence locale et la zone de chalandise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 et 1109 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant énoncé à bon droit, que la loi ne met pas à la charge du franchiseur une étude du marché local et qu'il appartient au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, l'arrêt a fait l'exacte application de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, devenu article L. 330-3 du Code de commerce, en retenant, aux termes du motif critiqué, que, dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties à propos du vice du consentement du franchisé ;

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

Et sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Jeff de Bruges France formule le même grief à l'encontre de l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que contestant l'absence de sérieux du prévisionnel d'activité remis au franchisé, la société Jeff de Bruges France faisait valoir que la société ayant repris la franchise avait réalisé des résultats très proches de ceux indiqués dans l'état prévisionnel ; qu'en décidant que cet élément n'est pas probant en l'absence de toute indication sur les conditions dans lesquelles cette franchise a été mise en place sans expliquer en quoi cette circonstance était de nature à ôter toute pertinence à cet élément de preuve la cour d'appel qui retient que les chiffres n'étaient pas crédibles et que le consentement du franchisé a été vicié, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1er de la loi du 31 décembre 1989 et 1108 et suivants du Code civil ;

2 / que la société Jeff de Bruges France faisait valoir le manque de motivation du franchisé qui dès le 1er mars 1995 informait le franchiseur de sa volonté de céder son affaire à des candidats potentiels ;

qu'en retenant que les mauvais résultats ne s'expliquent pas par le manque de motivation du franchisé fort préoccupé du sort de son entreprise, sans rechercher si cette volonté manifestée quelques mois après la conclusion du contrat, ne démontrait la volonté du franchisé de se désengager et partant l'absence de tout effort en vue de réaliser le chiffre d'affaires annoncé, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt est légalement justifié, dès lors qu'il constate que les conditions de mise en place du successeur dans la franchise n'étaient pas indiquées, et fait ainsi ressortir que les conditions d'une comparaison des chiffres d'affaires respectivement réalisés n'étaient pas réunies ;

Et attendu, d'autre part, qu'en retenant que la persistance des mauvais résultats ne s'expliquait pas par le manque de motivation du franchisé, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses deux branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Contenu de l'obligation / Prévisionnel (non)

Cass. com., 13 septembre 2017, n° de pourvoi : 15-19740 (inédit)

Sur le premier moyen, pris en sa première branche:

Vu les articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 5 août 2008, la société Master franchise boucherie Réunion (la société MFBR), titulaire de la franchise nationale à l'enseigne "La Boucherie", a, en qualité de sous-franchiseur, conclu avec la société Franchise la boucherie Saint-Denis un contrat de franchise sur la commune de Saint-Denis de la Réunion pour une durée de neuf ans ; que par jugement du 6 octobre 2010, la société Franchise la boucherie Saint-Denis a été mise en liquidation judiciaire, M. X... étant désigné liquidateur ; que ce dernier, invoquant des manquements de la société MFBR à ses obligations lors de la conclusion du contrat et au cours de son exécution, l'a assignée en annulation, subsidiairement en résiliation, à ses torts exclusifs, du contrat et en réparation de ses préjudices ; que la société MFBR a formé des demandes reconventionnelles de dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation du contrat formée par M. X..., ès qualités, l'arrêt retient que le prévisionnel communiqué par le franchiseur lors de la signature du contrat n'avait qu'un caractère indicatif, dès lors qu'il faisait état de redevances directes mensuelles à hauteur de 4% du chiffre d'affaires HT, le contrat conclu entre les parties prévoyant des redevances mensuelles à hauteur de 6 % du chiffre d'affaires HT, et que le loyer indiqué dans le tableau d'hypothèse d'exploitation faisait mention d'un loyer de 46 000 euros annuel, le loyer du franchisé étant de l'ordre de 66 000 euros annuel ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si les comptes prévisionnels ne figurent pas dans les éléments devant se trouver dans le document d'information précontractuelle, ils doivent, lorsqu'ils sont communiqués, présenter un caractère sérieux, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

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

Mise à jour des informations

Cass. com., 8 juin 2017, n° de pourvoi : 15-29093 (inédit)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société BM Est France que sur le pourvoi incident relevé par les sociétés AGS Provence, M2 Conseil, Evelnis, Valides solutions et MM. X...et Z..., en leur qualité respective de liquidateurs judiciaires des sociétés CG Freelance et ACGR Finance ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société BM Est France (la société BM) a consenti des contrats de franchise aux sociétés AGS Provence, M2 Conseil, Evelnis, Valides solutions, CG Freelance et ACGR Finance (les franchisées) pour l'exploitation de " la technique Rivalis " destinée à l'assistance à la gestion des très petites entreprises ; qu'invoquant un dol, les franchisées et MM. X...et Z..., ès qualités, ont assigné la société BM en annulation des contrats et en restitution des sommes versées ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu les articles 1116 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu que pour faire droit aux demandes des franchisées, l'arrêt retient que le document d'information précontractuel qui leur a été remis ne contenait pas de présentation du marché local et comprenait des informations sur le réseau qui étaient anciennes ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la situation du réseau avait été récemment modifiée et si celle du marché local différait de celle du marché national de sorte que les franchisées ne se seraient pas engagées en connaissance de cause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Moment de l'information

Cass. com., 17 juillet 2001, n° de pourvoi : 98-19258, Publié au bulletin

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des productions que le 5 mai 1993, la société Groupe Volkswagen France (société Volkswagen) a, en raison d'incidents de paiement, résilié le contrat de concession qui la liait à la société JVD automobile (société JVD) qui avait pour dirigeant M. Jardin ; que cette société, ainsi que le propriétaire des murs où la concession était exploitée, la SCI des Résistants, ont assigné la société Volkswagen en responsabilité en lui reprochant de ne pas avoir fourni au concessionnaire l'information précontractuelle exigée par la loi du 31 décembre 1989 et d'avoir abusivement résilié le contrat ; que la société JVD ayant été mise en liquidation judiciaire, son liquidateur, M. Bertrand, est intervenu à la procédure ; que la société Volkswagen a reconventionnellement demandé la fixation de sa créance à l'encontre de la société JVD ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. Jardin, M. Bertrand, ès qualités, et la SCI des Résistants font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande alors, selon le moyen, que l'information légale doit être donnée avant l'engagement effectif du concessionnaire, si celui-ci précède la signature du contrat ; que la cour d'appel constatait que l'information avait été fournie en août et septembre 1991 et que le contrat produisait un effet rétroactif au 1er février 1991, ce dont il résultait que l'engagement effectif du concessionnaire remontait à cette dernière date et n'avait pas été précédé de l'information obligatoire ; qu'en retenant une solution opposée, la cour d'appel a violé l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 ; Mais attendu qu'ayant rappelé que la loi du 31 décembre 1989 exige que l'information précontractuelle soit fournie préalablement à la signature du contrat, l'arrêt retient qu'en l'espèce, la convention n'a été signée que le 13 mars 1992 et qu'aucun accord de volontés ne peut être déduit des correspondances échangées antérieurement entre les parties, qui ne traduisent que les négociations et pourparlers en cours, la teneur de l'acte, ses conditions et ses modalités étant encore en discussion et seule la signature du contrat ayant marqué l'accord effectif de leurs volontés sur les stipulations qu'il devait contenir ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu décider que les dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 n'avaient pas été méconnues, peu important à cet égard que le contrat ait prévu qu'il prenait effet à une date antérieure ; que le moyen n'est pas fondé ;

Reconnaissance / Portée

Cass. com., 10 janvier 2018, n° de pourvoi: 15-25287 (inédit)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Y..., agissant pour le compte de la société Financière H1 en formation, a souscrit, le 19 septembre 2008, un contrat de franchise auprès de la société Ingérence et Connivence ; que, le 30 octobre 2008, la société Financière H1 a obtenu un prêt de la société Lyonnaise de banque, dont M. Y... s'est rendu caution ; que la gestion du référencement a été confiée par le franchiseur à la société Carga, filiale de la société Phenix Holding Présidence ; que la société Financière H1 a assigné les sociétés Ingérence et Connivence, Phenix Holding Présidence et Carga en annulation du contrat de franchise pour dol, puis la société Lyonnaise de banque en annulation du contrat de prêt ; que les instances ont été jointes ; que, le 24 septembre 2010, la société Financière H1 a été mise en liquidation judiciaire, M. X... étant désigné liquidateur ; que, le 28 juillet 2010, les sociétés Ingérence et Connivence, Phenix Holding Présidence et Carga ont été mises en liquidation judiciaire, la SELARL Malmezat-Prat étant désigné liquidateur des trois sociétés ;

Vu les articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce ;

Attendu que pour confirmer le jugement et rejeter la demande de la société Financière H1 et de M. X..., ès qualités, en annulation du contrat de franchise, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que M. Y... a attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 du code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement et que, dans plusieurs courriels échangés, il en a reconnu les mérites ;

Qu'en se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information pré contractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de M. X..., en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Financière H1, et de M. Y... tendant à l'annulation du contrat de franchise signé le 19 septembre 2008 et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 16 juillet 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;\$

Sanction / Nécessité d'un vice du consentement

Cass. com., 10 février 1998, Préc.

Cass. com., 21 novembre 2000, n° de pourvoi : 98-12527 (inédit)

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, ensemble l'article 1116 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Bonaudo a conclu avec M. Barber, aux droits duquel se trouve la société Verjo (société Verjo), un contrat de franchise en vue de l'exploitation d'un salon de coiffure sous l'enseigne "Barber Shop" ; qu'après avoir résilié par anticipation ce contrat, M. Bonaudo a ouvert un second salon ayant la même enseigne, sous couvert d'une société tiers ; que la société Verjo a assigné en paiement de diverses sommes M. Bonaudo qui a reconventionnellement demandé que fût constatée la nullité du contrat ;

que la cour d'appel a fait droit à cette demande et condamné le franchiseur au paiement d'une certaine somme ;

Attendu que pour annuler le contrat de franchise, la cour d'appel énonce que l'inexécution dans le délai légal par le franchiseur, de l'intégralité de l'obligation précontractuelle de renseignements prévue par la loi du 31 décembre 1989 et le décret du 4 avril 1991, qui est en cas de non-respect pénalement sanctionnée, entraîne la nullité du contrat ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information prévu par la loi du 31 décembre 1989, avait eu pour effet de vicier le consentement du franchiseur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 4 décembre 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes ;

Cass. com., 7 juillet 2004, n° de pourvoi : 02-15950, publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 mars 2002), qu'ayant successivement exploité comme locataires gérants et mandataires de la société Esso trois stations-services selon contrats du 23 mars 1987, 28 septembre 1992 et 18 mai 1993, les époux X... et la société X... dont ils étaient cogérants, ont assigné la société Esso en remboursement des pertes d'exploitation et paiement d'une prime de fin de gérance au titre de l'exploitation de deux de ces trois stations-services et en paiement de dommages-intérêts pour manquement aux dispositions de la loi du 31 décembre 1989 devenue l'article L. 330-3 du Code de commerce, en ce qui concerne le contrat conclu pour l'exploitation de la station service située à la Chaussée Saint-Victor ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les époux X... et la société X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande de la société X... tendant à ce que soit prononcée la nullité du contrat d'exploitation de la station-service de la Chaussée-Saint-Victor en date du 18 mai 1993, alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article L. 330-3 du Code de commerce "toute personne qui met à disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause" ; qu'il n'était pas contesté en l'espèce que le contrat d'exploitation avait été conclu dans l'intérêt commun des parties et que la société Esso avait mis à la disposition de la société X... un nom commercial, une marque et une enseigne en vertu d'un contrat d'exclusivité ; qu'en mettant à la charge de la société X... une obligation de se renseigner bien qu'en vertu de l'article L. 330-3 du Code de commerce, c'est sur la société Esso que pesait une telle obligation, la cour d'appel a violé l'article susvisé ; Mais attendu que l'arrêt énonce que la méconnaissance par une partie des dispositions de l'article L. 330-3 du Commerce, qu'elle a constatée, ne peut entraîner la nullité de la convention qu'autant qu'elle a eu pour effet de vicier le consentement ; que l'arrêt constate qu'à la date à laquelle elle a signé le contrat pour l'exploitation de la station en cause, la société X... avait exploité depuis plus de six années des stations-services Esso dans des environnements fort différents et avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation ; que l'arrêt relève qu'elle a pu en particulier constater que l'exploitation de ces stations-services avait été déficitaire et qu'à supposer que l'exploitation de la station-service -"moyenne" soit déficitaire, la société X... aurait eu tout le loisir de s'en rendre compte ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, dont elle a déduit que la preuve du vice du consentement n'était pas rapportée, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait, abstraction faite des motifs inopérants mais surabondants critiqués par le moyen, qui n'est pas fondé ;

Erreur sur la rentabilité

Cass. com., 4 octobre 2011, n° de pourvoi: 10-20956, (inédit)

Sur le moyen unique, pris en sa cinquième branche :

Vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu selon l'arrêt attaqué, que la société Equip'buro 59 a conclu avec la société Sodecob un contrat de franchise pour l'exploitation de son fonds de commerce sous l'enseigne "Bureau center", impliquant l'adhésion à une coopérative de commerçants détaillants indépendants, constituée par la société Majuscule ; que les résultats obtenus, très inférieurs aux prévisions transmises par le franchiseur, ont conduit rapidement à la mise en liquidation judiciaire de la société Equip'buro 59, M. X... étant désigné liquidateur ; que ce dernier, agissant ès qualités, a demandé la nullité du contrat de franchise et la condamnation solidaire des sociétés Sodecob et Majuscule au paiement de dommages-intérêts, en invoquant, notamment, l'insuffisance de l'information précontractuelle fournie au franchisé ;

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation fondée sur l'erreur commise par le franchisé lors de la conclusion du contrat, l'arrêt retient que les insuffisances ponctuelles dans la documentation fournie ne peuvent être regardées, à les supposer établies, comme un élément essentiel dont la révélation eût été susceptible de conduire la société Equip Buro 59 à ne pas conclure le contrat, qu'en sa qualité de professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution, son dirigeant se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites dans la mesure où celles-ci ne pouvaient comporter de la part du promettant aucune obligation de résultat, que le seul fait qu'un écart soit effectivement apparu entre les prévisions de chiffre d'affaires telles qu'indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l'exploitation poursuivie par la société Equip'buro 59 ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur, lequel n'avait pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables et qu'il s'ensuit que M. X..., ès qualités, ne rapporte la preuve d'aucun dol ni d'aucune erreur de nature à justifier sa demande ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de nullité et d'octroi de dommages-intérêts formées par M. X..., ès qualités, l'arrêt rendu le 19 mai 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Présomption de vice du consentement ?

Cass. com., 4 février 2004, n° de pourvoi : 00-21319 (inédit)

Attendu, selon l'arrêt déferé (Paris, 29 septembre 2000), que la société Fina France, aux droits de laquelle se trouve la société Total raffinage distribution (société Total), a consenti aux époux X... la location-gérance d'un fonds de commerce de station-service, situé à Carcassonne et qu'elle leur a consenti un crédit fournisseur de 220 000 francs correspondant à la fourniture de produits pétroliers ; que les époux Y... se sont portés cautions solidaires des engagements des époux X... ; que la société Fina France a aussi consenti aux époux X... la location-gérance d'un fonds de commerce de station-service situé à Albi et qu'elle leur a consenti un crédit fournisseur de 300 000 francs, avec la caution solidaire des époux Y... pour cette somme ; qu'à l'issue des relations entre les parties, les époux X... restant débiteurs de diverses sommes, la société Fina France les a assignés, ainsi que les cautions, en paiement du solde débiteur ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses cinq branches :

Attendu que la société Total reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à obtenir la condamnation des époux X... à lui payer une somme de 500 000 francs et, en conséquence celle formée à l'encontre des époux Y..., alors, selon le moyen :

1 / que le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats ; que pour retenir la responsabilité de la société Fina France, la cour d'appel considère qu'elle n'a pas informé les époux X... sur le fait technique de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures et sur ses conséquences financières ; qu'en statuant ainsi, en l'état des écritures d'appel des époux X... qui ne faisaient pas le reproche à la société Fina France de ne pas les avoir informés du phénomène précédemment énoncé et de ses conséquences financières, la cour d'appel, qui fonde sa décision sur une situation de fait qui n'est pas dans les débats, méconnaît l'article 7, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile, ensemble excède ses pouvoirs ;

2 / que le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'il soulève d'office sans, au préalable, inviter les parties à s'en expliquer ;

qu'en relevant d'office le moyen tiré de la responsabilité de la société Fina France pour n'avoir pas informé les époux X... du phénomène technique de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures et de ses conséquences financières, sans, au préalable, avoir invité les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que ni l'article L. 330-3 du Code de commerce ni l'article 1er du décret du 4 avril 1991 n'obligent la personne qui met à la disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi exigibilité pour l'exercice de son activité, à fournir, préalablement à la signature du contrat, une information d'ordre technique sur les caractéristiques précises du produit distribué ; qu'en décidant que la société Fina France devait, préalablement à la signature du contrat, fournir aux époux X... une information sur le phénomène technique avéré de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures, la cour d'appel a violé les articles L. 330-3 du Code de commerce et 1er du décret du 4 avril 1991 ;

4 / que c'est à celui qui soutient que son consentement a été vicié en raison de l'inexécution d'une obligation d'information de rapporter la preuve de ce vice ; qu'en énonçant pour retenir la responsabilité de la société Fina France, d'une part, qu'il lui appartenait d'établir la parfaite connaissance exclusive de tout vice du consentement qu'avaient les époux X... lorsqu'ils se sont engagés, et, d'autre part, que cette preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 du Code civil ;

5 / que n'engage pas sa responsabilité le débiteur de l'obligation d'information prévue à l'article 330-3 du Code de commerce qui omet de fournir au créancier de cette obligation un document donnant des informations sincères lui permettant de s'engager en connaissance de cause, lorsque ce dernier est un professionnel de l'activité pour laquelle est mis à sa disposition un nom commercial, une marque ou une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ; que la société Fina France faisait valoir, ce que les époux X... avaient expressément reconnu, qu'avant de s'engager à exploiter les stations-service de Carcassonne et d'Albi, ils s'étaient déjà vu confier l'exploitation d'une autre station-service, située à Toulouse, ce dont il résultait qu'ils étaient des professionnels de la distribution des carburants au moment où ils ont contracté les 4 juin 1993 et 30 juin 1994 ;

qu'en retenant la responsabilité de la société Fina France dans de telles circonstances, la cour d'appel a violé l'article L. 330-3 du Code de commerce et l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que, loin de limiter l'absence d'information au phénomène technique avéré de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté qu'aucun document n'a été remis aux locataires-gérants préalablement à la signature du contrat ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant retenu qu'en l'absence de remise du document précité, les époux X... ont été privés de précisions et d'informations essentielles qu'il leur était difficile, voire impossible de se procurer, l'arrêt constate, sans inverser la charge de la preuve, que la société Fina France n'établit pas la parfaite connaissance, exclusive de tout vice du consentement, qu'ils avaient lorsqu'ils se sont engagés ;

Attendu, enfin, que l'arrêt retient souverainement que l'exercice de la location-gérance dans trois stations-service en moins de trois ans ne peut donner aux époux X... la qualité de professionnels avertis et que certaines informations, spécifiques à chaque contrat, se rapportent à des stations-service distinctes ;

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

Présomption de vice du consentement (non)

Cass. com., 20 mars 2007, n°06-11290 (inédit)

Vu l'article L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu que pour annuler les contrats de franchise et d'approvisionnement conclus entre M. X... et les sociétés Prodim et Logidis et dire en conséquence que la condamnation prononcée au profit de la société Logidis sera assortie du seul intérêt légal, l'arrêt retient qu'il n'est pas vraisemblable que le document pré-contractuel d'information prévu par les textes ait été remis à M. X... dans le délai légal, que l'article L. 330-3 du code de commerce ne prévoit pas la nullité automatique du contrat concerné, qu'il y a lieu de rechercher si l'irrégularité a vicié le consentement de M. X..., que ce dernier a été libéré de son contrat de travail pour se rendre dans différents magasins Shopi de la région et rencontrer d'autres franchisés, que les sociétés Prodim et Logidis rappellent que le projet ne consistait pas en la création d'un magasin, avec les risques y afférents, mais en la simple reprise d'une activité existante, que le fait de visiter des magasins et de rencontrer des franchisés a certes permis à M. X... de se rendre compte de ce qu'impliquait, de manière générale, en termes de contraintes quotidiennes, mode de vie, relations avec les fournisseurs, l'exploitation en franchise d'un magasin Shopi, mais que cela ne lui donnait aucune indication sur la situation économique spécifique du magasin de Port-en-Bessin et ses perspectives d'avenir, qu'il n'est même pas établi qu'il ait obtenu par ce biais des informations précises sur le contenu du contrat, que le document d'information intitulé "avant-contrat", pour l'examen duquel M. X... aurait dû disposer d'au moins vingt jours, indiquait la durée, les sanctions en cas de résiliation, les conditions résolutoires, qu'y étaient annexés un état général du marché, une étude de marché, un compte d'exploitation prévisionnel et le détail des coûts spécifiques à la mise aux normes Shopi, que ces éléments étaient particulièrement importants pour l'appréciation économique, que si M. X..., chef d'un rayon boucherie, salarié sans expérience de la gestion d'entreprise, avait eu des difficultés à en apprécier la portée, il aurait pu consulter un expert-comptable, que l'article V de l'avant-contrat prévoit d'ailleurs expressément que le "candidat franchisé" fasse contrôler par le cabinet

ou le conseil de son choix l'étude de marché réalisée par la société Prodim, cette contre-étude devant être remise au plus tard dans les dix jours précédant la signature du contrat de franchise, que cette clause n'a pu être exécutée, faute de remise de l'avant-contrat et de ses annexes dans le délai légal, que M. X... n'a pu "s'engager en connaissance de cause", comme le dit l'article L. 330-3 du code de commerce, qu'il s'ensuit que le contrat de franchise doit être annulé, ce qui entraîne la nullité du contrat d'approvisionnement ;

Attendu qu'en déduisant un vice du consentement du franchisé du seul manquement du franchiseur à son obligation d'information pré-contractuelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a annulé les contrats de franchise et d'approvisionnement, et en ce qu'il a en conséquence assorti la condamnation de M. X... envers la société Logidis des intérêts au taux légal, l'arrêt rendu le 4 mai 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

Obligation du créancier de se renseigner (non)

Cass. com., 3 avr. 2007, n°05-10948 (inédit) :

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que, pour fixer le montant des dommages-intérêts dus à la société Girène, l'arrêt attaqué se fonde, notamment, sur la légèreté dont cette société franchisée a fait preuve, dès lors qu'il n'est pas prouvé que les documents d'information précontractuelle légale lui ont été remis avant la signature du contrat de franchise, et qu'à supposer le contraire, ils étaient en termes particulièrement généraux et vagues, de sorte qu'il lui appartenait, avant de s'engager, de prendre tous renseignements utiles ;

Attendu qu'en relevant cette faute, d'office et sans débat, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a fixé à la somme de 15 244,90 euros le montant des dommages-intérêts dus à la société Girène par la société Trenel, l'arrêt rendu le 15 juin 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Chambéry ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Obligation du créancier de se renseigner (oui)

Cass. com., 28 mai 2013, n° de pourvoi: 11-27256, inédit

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 septembre 2011), que M. X... a conclu le 15 décembre 2003 un contrat de franchise avec la société Alizés diffusion (le franchiseur) pour l'exploitation d'un centre de bronzage sous l'enseigne « Point soleil » ; que M. X... ayant cessé de payer les redevances prévues au contrat, le franchiseur s'est prévalu de la clause résolutoire et a résilié le contrat à compter du 20 août 2006 ; que par acte du 26 janvier 2006, M. X... a fait assigner le franchiseur en annulation du contrat sur le fondement du dol ; que le franchiseur, alléguant que M. X... avait poursuivi l'exploitation du centre de bronzage en utilisant l'enseigne et le savoir-faire du réseau, a demandé reconventionnellement la réparation de son préjudice ; que M. Y..., nommé administrateur judiciaire puis commissaire à l'exécution du plan de continuation de M. X..., est intervenu à l'instance ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... et M. Y... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en annulation du contrat alors, selon le moyen :

1°/ que le franchiseur doit, avant la signature du contrat de franchise, remettre au franchisé un document contenant notamment « une présentation de l'état général et local du marché... et les perspectives de développement de ce marché » ; que la cour d'appel, qui a retenu que le document établi par la société Alizés diffusion « ne comportait pas

d'état local de marché », mais que M. X... devait s'informer par lui-même de cet état et que, dès lors, ce manquement du franchiseur à ses obligations précontractuelles d'information n'était pas susceptible de constituer un dol, a violé les articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

2°/ que le document est communiqué vingt jours minimum avant la signature du contrat et que doivent y être annexés les comptes annuels des deux derniers exercices ; que la cour d'appel, qui a souligné que le document avait été communiqué six mois avant la signature du contrat et qu'ainsi M. X... avait eu tout le temps d'en prendre connaissance et de compléter les informations manquantes, sans rechercher si, comme le faisait valoir M. X..., les comptes annuels des deux dernières années n'y étaient pas annexés et ne lui avaient été communiqués que quelques jours seulement avant la signature du contrat, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

3°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui, soutenant que de nombreux franchisés de la société Alizés diffusion avaient déposé le bilan, faute de rentabilité, faisaient valoir que le document, contrairement aux prescriptions de l'article R. 330-2-5 -C du code de commerce, ne donnait aucune indication sur le nombre d'entreprises qui avaient cessé de faire partie du réseau et sur les motifs de cette disparition, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté, par motifs adoptés, que le document d'information précontractuelle qui contenait les comptes sociaux des deux exercices précédents, avait été remis à M. X... le 18 juin 2003 et que le contrat de franchise a été conclu le 15 décembre suivant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche demandée, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, enfin, qu'ayant retenu que le préambule du contrat de franchise précisait que le franchisé reconnaissait avoir eu communication de tous les documents et informations précontractuels exigés par la législation applicable, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

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

Et sur le second moyen :

Attendu que M. X... et M. Y..., ès qualités, font grief à l'arrêt de condamner M. X... à payer au franchiseur une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour parasitisme économique alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui soutenait qu'après avoir, au 20 août 2006, prononcé la résiliation unilatérale du contrat de franchise, la société Alizés diffusion ne l'avait pas mis en demeure de déposer l'enseigne « Point Soleil » et de ne plus utiliser ses signes distinctifs, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que l'usurpation ne constitue un acte de parasitisme économique qu'en cas de notoriété de la marque et des signes distinctifs usurpés ; que la cour d'appel, qui n'a pas constaté que la marque « Point Soleil », son logo et ses quatre pictogrammes, utilisés par seulement quarante-huit franchisés disséminés à travers tout le territoire français, avait une quelconque notoriété, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382 du code civil et L. 713-5 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu d'une part, qu'ayant relevé qu'une mise en demeure avait été délivrée le 26 juillet 2006 à M. X..., la cour d'appel n'avait pas à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes ;

Et attendu, d'autre part, qu'il ne résulte pas de l'arrêt et des conclusions des parties que M. X... ait soutenu le moyen tiré de la notoriété de la marque et des signes distinctifs usurpés ; que le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche, n'est fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Expérience du créancier de l'information

Cass. Com., 5 janvier 2016, n° de pourvoi :14-15700, Non publié au bulletin

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en 2007, la société EMAF, représentée par son gérant, M. X..., et la société Assurtis (le franchiseur) ont conclu un contrat de franchise portant sur la distribution de contrats d'assurance et de crédits à la consommation au sein d'un réseau exploité sous l'enseigne Assurtis, dans la zone de Bourg en Bresse ; qu'en 2008, le contrat a été transféré au profit de la société ECM, dont M. X... est également gérant ; qu'en 2010, la société ECM et M. X... se sont prévalus d'un vice du consentement et ont assigné le franchiseur en nullité, puis en résiliation, à ses torts exclusifs, du contrat et en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts formée contre le franchiseur au titre de manquements précontractuels, l'arrêt retient que si aucune présentation de l'état du marché local et de ses perspectives n'a été remise à M. X..., les fonctions d'agent général d'assurance exercées par celui-ci dans la région de Bourg-en-Bresse depuis près de vingt ans lui permettaient d'avoir une bonne connaissance du marché local ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'expérience du franchisé, acquise dans le seul secteur de l'assurance, était suffisante pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de dommages-intérêts formée par M. X... et la société ECM au titre des manquements précontractuels et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 19 février 2014 (RG n°10/24823), entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Dommages-intérêts (oui)

Cass. com., 19 janvier 2010, F-P+B, n° 09-10.980, précité

Cass. com., 25 sept. 2007, n°05-20922 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 13 septembre 2005), que la société *Industrias y Confecciones (Induyco)*, qui fabrique des vêtements de marque *Tintoretto*, a conclu avec la société *Mabeso* un contrat de concession exclusive portant sur la distribution dans la ville de Nantes de produits *Tintoretto* ; qu'après avoir signifié à la société *Induyco* la cessation de ce contrat, la société *Mabeso* l'a assignée aux fins de faire prononcer la nullité pour dol du contrat de concession en raison notamment de la réticence dolosive de la société *Induyco* à lui remettre le document d'information visé par l'article L. 330-3 du code de commerce et d'obtenir restitution des frais engagés et paiement de dommages-intérêts ; que la société *Induyco* a sollicité à titre reconventionnel réparation du préjudice subi du fait de la résiliation anticipée et brutale du contrat ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société *Induyco* fait grief à l'arrêt d'avoir jugé qu'elle n'avait pas respecté les dispositions de la loi du 31 décembre 1989 en remettant tardivement un document incomplet et de l'avoir condamnée à verser à la société *Mabeso* une somme de 56 005,95 euros à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / qu'en considérant simultanément que la société *Mabeso* avait au 1er janvier 2001 pris connaissance du document d'information prévu par l'article L. 330-3 du code de commerce et signé ce document, puis que ce document avait été communiqué au mois d'avril 2001 par la société *Induyco*, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contrariété de motifs, violant de ce fait l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

2 / qu'aux termes de l'article L. 330-3 du code de commerce, les documents d'information et le projet de contrat doivent être communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, si bien qu'en considérant que le projet de contrat avait été communiqué par lettre du 6 octobre 2000 et que le document d'information avait été signé par la société *Mabeso* le 1er janvier 2001 sans rechercher de manière précise et circonstanciée la date à laquelle la société *Mabeso* avait elle-même signé le contrat, dont la prise d'effet datait par ailleurs du 23 mars 2001, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte précité ;

3 / que si l'article L. 330-3 du code de commerce et le décret du 4 avril 1991, pris en application de ce texte, prévoient l'obligation pour le concédant de communiquer vingt jours avant la signature du contrat, un dossier d'information prévoyant entre autres les comptes annuels des deux derniers exercices, le simple retard mis à accomplir cette obligation comme l'exécution incomplète de celle-ci ne peut donner lieu à indemnisation qu'en cas de préjudice présentant un lien de causalité certain avec le manquement reproché, si bien qu'en statuant de la sorte sans caractériser l'existence d'un préjudice résultant directement de la communication tardive et incomplète des informations prévues alors qu'elle constatait par ailleurs que "la durée des relations précontractuelles a permis à la société *Mabeso* de se forger une opinion sur la société *Induyco*", la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des textes susvisés et de l'article 1147 du code civil ;

4 / que la société concédante n'est tenue qu'à une obligation de moyen et ne saurait être tenue responsable de l'absence des résultats escomptés, si bien qu'en évaluant le préjudice subi par la société *Mabeso* à la perte de résultat des quatre mois d'exercice, la cour a méconnu l'article L. 330-1 du code de commerce, le décret du 4 avril 1991 pris en application de ce texte et l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'abstraction faite de l'erreur de plume que signale la première branche du moyen, mais que les autres énonciations permettent de rectifier, l'arrêt, après avoir relevé que le contrat liant les parties a été signé en octobre 2000 et que la société *Mabeso* a eu connaissance le 1er janvier 2001 du document d'information que lui a adressé la société *Induyco*, retient que ce document, tardivement communiqué, ne comportait pas toutes les informations prévues par l'article 1er du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant retenu qu'en ne fournissant pas les informations prescrites par les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce, la société *Induyco* avait commis une faute, la cour d'appel a souverainement estimé que le préjudice résultant pour la société *Mabeso* de cette faute correspondait à la perte de résultat des quatre premiers mois d'exercice ;

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

Et sur le second moyen :

Attendu que, par ce moyen pris d'un défaut de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, la société Induyco fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande fondée sur la rupture brutale du contrat par la société Mabeso ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Faute de la victime

Cass. Com., 21 juin 2016, Pourvoi n° 15-10.028 (inédit)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Casapizza France (la société Casapizza), après avoir remis à M. Sivade et à son épouse, Mme Michel (Mme Sivade), un document d'information précontractuelle, a conclu avec la société Ambre marine (la société Ambre), constituée par ces derniers et dont Mme Sivade est gérante, un contrat de franchise ; que la société Ambre et Mme Sivade ont assigné la société Casapizza en nullité du contrat de franchise et en réparation de divers préjudices ; que la société Ambre a été mise en redressement puis en liquidation judiciaires, M. Souchon, désigné liquidateur, reprenant l'action engagée par elle ; que la société Casapizza a été placée sous sauvegarde de justice, Mme Dauverchain et la société FHB, désignées respectivement mandataire et administrateur judiciaires, intervenant à l'instance aux côtés de celle-ci ;

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

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour limiter le montant de la réparation du fait du manquement de la société Casapizza à son obligation d'information précontractuelle, l'arrêt, après avoir relevé que la société Ambre n'avait pas commis d'erreur de gestion, retient qu'elle avait une part d'autonomie et d'initiative dans la gestion ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans constater le caractère fautif de cette gestion, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il se prononce sur le montant de la réparation du fait du manquement de la société Casapizza France à son obligation d'information précontractuelle, en ce qu'il fixe la créance de la société Casapizza France en contrepartie de prestations non restituables et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 21 octobre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, autrement composée ;

II. – Etudes prévisionnelles

Autorité de l'obligation

Cass. com., 11 janvier 2000, n° de pourvoi : 97-16419 (inédit)

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 4 juillet 1996), que la société Mode et loisirs (société ML) a conclu, le 8 décembre 1987, avec la société Les Fils de Louis Mulliez (société LFLM), qui commercialise sous l'enseigne Phildar du fil à tricoter, des bas, chaussettes, articles de lingerie et pulls, un contrat de franchise en vue de la reprise d'un fonds de commerce sous l'enseigne Phildar, sis à Leers ; qu'au cours des années 1987 et 1988, le chiffre d'affaires réalisé a été inférieur à l'estimation prévisionnelle du franchiseur ; que, faute d'accord sur le règlement des impayés, la société LFLM a cessé ses livraisons, puis, le 1er décembre 1989, a résilié le contrat et mis la société ML en demeure de lui régler les sommes dues ; que le mandataire-liquidateur de la société ML, en liquidation judiciaire, a assigné la société LFLM à l'effet de voir déclarer cette société responsable de la rupture du contrat et condamner au paiement d'une certaine somme ;

Attendu que le mandataire-liquidateur de la société ML fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société LFLM à lui payer ès qualités seulement la somme de 5 000 francs à titre de dommages-intérêts et de l'avoir débouté du

surplus de ses demandes, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en s'abstenant de rechercher si l'écart démesuré existant entre les résultats des études prévisionnelles et les résultats effectifs d'exploitation ne révélaient pas que le franchiseur, bien que non tenu d'une obligation de résultat, n'avait pas fait preuve d'incompétence et de légèreté dans la réalisation des études préalables, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors, de deuxième part, que la cour d'appel ne s'est pas expliquée sur ses conclusions soulignant que la perte subie par la société ML lors de son premier exercice était comparable à celle que la société Pege, filiale de la société LFLM, essayait en moyenne dans ses quarante et un magasins Phildar, et que le franchiseur était ainsi nécessairement au courant des difficultés de l'ensemble du réseau, et ce en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

alors, de troisième part, qu'en énonçant que les retards de livraison concernaient les produits représentant moins de 1 % du chiffre d'affaires réalisé par le magasin, la cour d'appel a dénaturé les conclusions du franchiseur qui se bornait à évoquer le cas de deux produits, le fil à tricoter "Coquine" et la série de bas collants "Véronika", représentant respectivement 0,5 % du chiffre d'affaires du fil à tricoter et 1 % du chiffre d'affaires bas collants, sans pour autant prétendre vider la question des retards de livraison qui concernaient de nombreux autres produits, et ce en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, de quatrième part, qu'en s'abstenant de rechercher si, dans le secteur de la distribution du fil à tricoter et des collants, les réclamations des clients se font normalement par écrit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du Code civil ; alors, de cinquième part, qu'à supposer même que l'implantation d'un cinquième magasin Phildar à Roubaix et la poursuite de l'exploitation par le vendeur du magasin de Leers de son second magasin, n'aient pas constitué un manquement du franchiseur à ses obligations contractuelles à défaut d'exclusivité consentie au franchisé, la cour d'appel aurait dû rechercher si le franchiseur n'avait pas au minimum violé son obligation précontractuelle de renseignement, en n'informant pas le franchisé des deux circonstances susvisées, et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors, de sixième part, qu'en relevant qu'aucun accord n'avait pu aboutir sur l'amortissement de la dette du fait du franchisé, la cour d'appel a dénaturé les courriers de la société ML du 28 septembre et du 2 novembre 1989, par lesquels cette société, non seulement avait accepté le principe de l'amortissement de l'arriéré en adressant le détail de ses charges au franchiseur, mais encore offert de régler tout l'arriéré en trois mois, et ce en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, enfin, qu'en ne fournissant aucune précision sur les prétendus conseils du franchiseur que le franchisé se serait abstenu de mettre en pratique, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé à bon droit que la société LFLM n'était pas tenue d'une obligation de résultat dans l'établissement des prévisions de l'activité de son franchisé, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la société ML a reconnu avoir examiné avant de signer le contrat, les documents comptables et commerciaux du magasin et pris connaissance du chiffre d'affaires réalisé par celui-ci ; qu'il relève que le magasin a cessé de fonctionner normalement à partir du moment où la société ML en a exercé la gestion ;

que la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre la société ML dans le détail de son argumentation, a, par ces énonciations et constatations, justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel, qui, par une appréciation souveraine des faits et éléments de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que les retards de livraison du franchiseur concernaient moins de 1 % du chiffre d'affaires réalisé par le magasin, a, sans dénaturé les conclusions des parties, justifié sa décision ;

Attendu, en troisième lieu, que la société ML, qui n'a pas soutenu devant la cour d'appel que les réclamations des clients se faisaient par écrit, n'est pas fondée à soulever ce moyen devant la Cour de Cassation ;

Attendu, en quatrième lieu, que la cour d'appel, qui, après avoir relevé que le contrat de franchise ne conférait à la société ML aucune exclusivité territoriale, a retenu que l'installation d'un magasin à Roubaix, dans un quartier très éloigné de Leers, et la poursuite de l'exploitation par le vendeur dudit magasin de Leers d'un second magasin qu'il ne s'était pas engagé à abandonner, ne constituaient pas un manquement du franchiseur à ses obligations, a justifié sa décision ;

Attendu, en cinquième lieu, qu'ayant apprécié souverainement sans les dénaturer les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a constaté que, malgré l'offre de la société LFLM proposant un échéancier pour permettre à la société ML de régler ses arriérés sans trop en souffrir, aucun accord n'était intervenu du fait du franchisé ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel, qui, par motifs adoptés, a retenu que le manque de créativité pour l'élaboration de produits nouveaux, l'impossibilité d'approvisionnement, l'inadaptation des produits à la saison, la publicité des modèles en fait disponibles, la suppression de produits ainsi que les mauvaises conditions de lancement de nouveaux produits n'étaient attestés par aucune pièce, a pu statuer comme elle l'a fait ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses troisième, quatrième et sixième branches, n'est pas fondé en ses autres branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Caractérisation de la faute

Cass. com., 24 février 1998, n° de pourvoi : 95-20438 (inédit)

Sur le pourvoi formé par la SNC Prodim, société en nom collectif, dont le siège est route de Paris, zone industrielle, 14120 Mondeville, en cassation d'un arrêt rendu le 28 septembre 1995 par la cour d'appel de Rouen (2e chambre civile), au profit :

1°/ de M. René Lebourgeois,

2°/ de Mme Nicole Lebrun épouse Lebourgeois, demeurant ensemble Grande Rue, 27430 Saint-Pierre-du-Vauvray, défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

LA COUR, composée selon l'article L. 131-6, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 13 janvier 1998, où étaient présents : M. Bézard, président, M. Gomez, conseiller rapporteur, M. Vigneron, conseiller, M. Raynaud, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Gomez, conseiller, les observations de Me Pradon, avocat de la SNC Prodim, de la SCP Delaporte et Briard, avocat des époux Lebourgeois, les conclusions de M. Raynaud, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Rouen, 28 septembre 1995), que la société Prodim (le franchiseur) a conclu avec les époux Lebourgeois un contrat de franchisage pour l'exploitation d'un magasin à l'enseigne Shopi; qu'à la suite de la réclamation du paiement de marchandises livrées, la société Prodim a assigné les franchisés ;

Sur le premier moyen pris en ses trois branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées au franchisé et au paiement d'une indemnité de résiliation alors, selon le pourvoi, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait, sans dénaturer de l'accord de franchisage, retenir que les franchisés n'avaient pas pu disposer de la faculté prévue dans l'article 9 de cet accord de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmité de l'étude du marché prétendument erronée au motif que le contrat de franchisage n'avait été signé que le 6 mars 1991, le jour de l'ouverture du magasin Shopi par les époux Lebourgeois, tandis que l'accord de franchisage avait été signé le 6 février 1991 et non le 6 mars 1991;

alors, d'autre part, que les époux Lebourgeois n'ayant pas prétendu dans leurs écritures que la clause de responsabilité de gestion prévue à l'article de l'accord de franchisage ne leur était pas opposable au prétexte que, s'agissant de l'étude de marché effectuée par le franchiseur, ils n'avaient pu user de la possibilité d'en demander à un tiers confirmation ou infirmité, au motif qu'il y avait eu concomitance entre la signature du contrat et l'ouverture du magasin, la cour d'appel ne pouvait retenir ce moyen sans l'avoir invitée au préalable à présenter ses observations;

et alors, enfin, que la cour d'appel ne pouvait décider qu'à la date où l'implantation du magasin était réalisée, les franchisés n'avaient pas reçu l'information préalable qu'ils avaient la faculté de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmité de l'étude de marché effectuée par le franchiseur selon les dispositions de l'article 9 de l'accord, qu'en violation des termes de l'accord de franchisage qui stipulait expressément que le franchisé reconnaissait, en tant que de besoin à la conclusion du contrat, avoir eu toutes possibilités de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmité de l'étude de marché en cause ;

Mais attendu que l'arrêt retient qu'il est établi que la société Prodim a fourni aux futurs franchisés une étude contenant non seulement des inexactitudes mais encore des résultats fantaisistes supérieurs de près de quarante pour cent à ceux qui pouvaient être effectivement réalisés étant observé qu'elle disposait des informations nécessaires pour la dite étude

et qu'au surplus elle a dissimulé volontairement aux futurs franchisés un facteur important tel l'existence d'un centre Leclerc alors que de plus l'extension des grandes surfaces existantes était prévisible;

qu'abstraction faite des motifs surabondants tenant à l'impossibilité pour les époux Lebourgeois de faire vérifier ces informations, la cour d'appel déduisant de ces constatations et appréciations dont il résulte que la société Prodim a méconnu son obligation d'information préalable, a statué ainsi qu'elle a fait sans encourir les griefs du moyen ;

d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen pris en ses trois branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées aux franchisés et au paiement d'une indemnité de résiliation alors, selon le pourvoi, d'une part, que le jeu de la limitation conventionnelle de responsabilité ne peut être écarté que si le juge relève un comportement d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission qu'il avait acceptée;

que la cour d'appel n'ayant qualifié que de faute l'erreur commise par elle dans son étude préalable, sans constater les éléments susceptibles de caractériser la faute lourde n'a pu écarté le jeu de la limitation conventionnelle de la responsabilité du franchiseur qu'en privant sa décision de base légale au regard de l'article 1150 du Code civil;

alors, d'autre part, que l'obligation précontractuelle d'information, prévue par l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, ne pèse que sur la personne qui exige un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité, que nul ne soutenait qu'un tel engagement ait existé entre les époux Lebourgeois et elle, que la cour d'appel ne l'a pas relevé même si elle a cependant fait peser cette obligation d'information et ses conséquences sur elle, qu'en statuant ainsi elle n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

et alors, enfin, que seule la faute grave et caractérisée du franchiseur dispense le franchisé du paiement de l'indemnité de rupture au contrat de franchise qu'il a provoquée, qu'en se fondant sur une faute précontractuelle du franchiseur sans constater en quoi celui-ci avait incorrectement exécuté le contrat de franchisage pour justifier la résiliation du dit contrat par le franchisé sans obligation pour celui-ci de verser l'indemnité de résiliation prévue au contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 et 1184 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la société Prodim avait commis une faute volontaire dans son obligation pré contractuelle d'étude et de renseignement à l'égard des futurs franchisés, l'arrêt retient que cette faute a remis en cause l'économie générale du contrat ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision;

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

Et sur le troisième moyen pris en ses deux branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées aux franchisés et au paiement d'une indemnité de résiliation et d'avoir ordonné une expertise alors, selon le pourvoi, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait sans contradiction, réparer le préjudice des époux Lebourgeois résultant de sa faute alléguée pour les avoir entraînés dans une opération déficitaire, en intégrant le montant des marchandises livrées par elle et non réglé par les époux Lebourgeois, et ordonner une expertise destinée à déterminer le même préjudice résultant des "pertes réalisées, des gains perdus et des dépenses d'investissement effectuées";

et alors, d'autre part, que la cour d'appel ne pouvait, sans réparer deux fois le même préjudice allégué, tout à la fois la condamner, par intégration des marchandises dues par les franchisés et non réglées dans le préjudice résultant pour eux du fait qu'ils auraient été entraînés par elle dans une opération déficitaire, et la condamner à réparer le préjudice résultant pour les franchises "à raison des pertes réalisées", à dire d'expert ;

Mais attendu que l'arrêt retient en premier lieu que les franchisés n'avaient commis aucune faute de gestion expliquant le résultat déficitaire de leur fonds de commerce, ce dont il résulte que ce résultat est imputable aux seules fautes commises par la société Prodim, justifiant que le montant des marchandises livrées reste à la charge de la société Prodim, en second lieu que les franchisés avaient subi une perte d'exploitation et un gain manqué résultant de ce que les relations contractuelles n'avaient pas eu la durée raisonnablement escomptée par eux justifiant également que ce préjudice soit réparé;

que c'est donc hors toute contradiction et en réparant les différents préjudices subis que la cour d appel a statué ainsi qu'elle a fait;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 mars 1998), que le 20 septembre 1989, la société Gérome Coiffure (société Gérome) qui anime un réseau de franchise exploitant des salons de coiffure sous l'enseigne "Jean-Louis David", selon plusieurs formules, a conclu avec la société Saint Rock Diffusion (société Saint Rock) un contrat lui concédant le droit d'utiliser l'enseigne "Jean-Louis David Quick Services", pour exploiter un salon de coiffure sis à Viry-Châtillon, pendant une durée de trois ans renouvelable tacitement par périodes de deux ans ; que la société Saint-Rock, ayant, après renouvellement du contrat, cessé de régler les redevances à compter de la fin de l'année 1992, la société Gérome l'a assignée en résiliation du contrat, en paiement des redevances non réglées et en dommages-intérêts ; que la société Saint-Rock a fait valoir que la société Gérome avait manqué à son obligation précontractuelle de renseignement ainsi qu'à son obligation de conseil et d'assistance ; que la cour d'appel d'appel a constaté la résiliation du contrat aux torts de la société franchisee et a prononcé à son encontre diverses condamnations ;

Sur le premier moyen, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société Saint-Rock fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes, alors, selon le moyen :

1 / que par lettre du 22 juin 1992, le franchiseur a notifié sa décision de ne pas renouveler le contrat proposant un nouveau contrat et "nous vous ferons parvenir, dès votre réponse écrite, un document d'information précontractuelles ainsi que votre nouveau contrat" ; que l'exposante, le 25 septembre 1992, demandait de lui "faire parvenir les papiers nécessaires à la reconduction de son contrat de franchise" ; qu'en affirmant que l'exposante avait demandé expressément la reconduction du contrat de franchise, la cour d'appel d'appel a dénaturé ladite lettre et violé l'article 1134 du Code civil ;

2 / que par lettre du 22 juin 1992, le franchiseur a notifié sa décision de ne pas renouveler le contrat proposant un nouveau contrat et informant son franchisee que "nous vous ferons parvenir, dès votre réponse écrite, un document d'information précontractuelles ainsi que votre nouveau contrat" ; que l'exposante, le 25 septembre 1992, demandait de lui "faire parvenir les papiers nécessaires à la reconduction de son contrat de franchise" ; qu'en affirmant que le contrat a été renouvelé sans constater que le pollicitant avait adressé un document d'information précontractuelle et le contrat écrit dès lors qu'était proposé un nouveau contrat et non un simple renouvellement, la cour d'appel d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1101 et suivants et 1108 du Code civil ;

3 / que par lettre du 22 juin 1992, le franchiseur a notifié sa décision de ne pas renouveler le contrat proposant un nouveau contrat et informant son franchisee que "nous vous ferons parvenir, dès votre réponse écrite, un document d'information précontractuelle ainsi que votre nouveau contrat" ; que l'exposante, le 25 septembre 1992, demandait de lui "faire parvenir les papiers nécessaires à la reconduction de son contrat de franchise" ; qu'en affirmant que le contrat de franchise a été résilié, avec effet au 31 décembre 1992, par le franchiseur conformément aux stipulations contractuelles, qu'il a été renouvelé à compter de 1993, sans préciser d'où il ressortait que le franchiseur avait exécuté son obligation légale d'information du franchisee comme il s'y était en outre engagé ainsi que les conditions sur lesquelles les parties s'étaient accordées, régissant ce nouveau contrat, la cour d'appel d'appel a privé de toute base légale au regard des articles 1108 et 1134 du Code civil et 1 et suivants de la loi du 31 décembre 1989 ;

4 / qu'en reprochant au franchisee de n'avoir formulé ses griefs, le 9 février 1993, qu'après avoir obtenu le renouvellement du contrat de franchise, sans préciser les éléments permettant de vérifier la validité et la réalité dudit renouvellement, la cour d'appel d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu, qu'il ne résulte pas des conclusions que la société Saint-Rock ait soutenu devant la cour d'appel les prétentions contenues au moyen ; que, dès lors, celui-ci est nouveau, mélangé de fait et de droit, et irrecevable ;

Sur le second moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Saint-Rock fait encore le même reproche à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que la cour d'appel, qui affirme que les documents prévisionnels à partir desquels la société exposante, alors en cour d'appels de formation et représentée par M. Pastore, avait contracté étaient sérieux du seul fait qu'ils avaient été établis par des professionnels de la coiffure et de l'investissement, sans préciser en quoi ce projet était sérieux, et sans tenir compte des aveux du franchiseur reconnaissant le caractère inadapté du concept de salon Quick Service à Viry-Châtillon, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

2 / que la cour d'appel, qui juge que la société exposante devait contrôler les informations qui lui étaient données, et que la qualité d'investisseur de M. Pastore devait l'inciter à s'assurer du réalisme des prévisions, sans tenir compte du

fait que, selon les termes même du franchiseur dans son "franchise book", la franchise Jean-Louis David "motive fortement des investisseurs non coiffeurs" car les salons "leurs sont proposés par une nouvelle franchise clé en mains ce qui garantit à la clientèle une qualité, un professionnalisme et un service" sans dire en quoi M. Pastore, pouvait réellement apprécier le réalisme d'un investissement dans le domaine de la coiffure, les prévisions qui lui étaient soumises émanant de plus, comme l'affirme la Cour d'appel elle-même, de "professionnels de la coiffure et de l'investissement", prive sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

3 / que la cour d'appel, qui juge que seul le franchisé a commis une faute en ne respectant pas ses obligations contractuelles, sans rechercher, comme elle y était invitée par l'exposante, si le fait que le franchiseur n'a pas assuré avec régularité et loyauté la formation imposée aux franchisés et qui reconnaît l'inadéquation du concept proposé comme parfaitement réalisable, ne constitue pas une faute imputable au franchiseur, prive ainsi sa décision de toute base légale au regard des articles 1134 et 1147 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt retient que le caractère "fantaisiste et exagérément optimiste" du projet de compte de résultats prévisionnel, allégué par la société Saint-Rock, préparé par des professionnels du secteur de la coiffure et de l'investissement financier, est démenti par la production aux débats de résultats réalisés par plusieurs autres franchisés implantés dans des villes présentant des caractéristiques de rentabilité de clientèle équivalente et que l'objection faite par la société Saint-Rock sur la faible commercialité de sa zone de franchise est sans valeur puisque des résultats supérieurs ont été réalisés par un salon exploitant une marque concurrente à proximité ; qu'il relève que la société Gérôme est intervenue à plusieurs reprises dans l'exercice de son devoir de conseil en préconisant des mesures de nature à permettre au franchisé de redresser la situation ;

qu'ayant déduit de ces constatations et observations que la société Gérôme avait satisfait à ses différentes obligations, la cour d'appel d'appel qui n'était pas tenue de s'expliquer sur la portée qu'elle accordait à chacun des éléments de preuve et des arguments soumis à son appréciation, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Saint-Rock diffusion aux dépens ;

Obligation du créancier de se renseigner (non)

Cass, com., 25 juin 2013, n° de pourvoi: 12-20815 (inédit)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 15 mai 2012), que le 29 avril 2003, la société CLE a conclu avec la société Hypromat France (la société Hypromat) un contrat de franchise d'une durée de neuf ans pour l'exploitation d'un centre de lavage rapide de véhicules ; que le 18 août 2008, la société Hypromat a résilié le contrat en raison d'impayés ; que la société CLE a fait assigner la société Hypromat en annulation du contrat de franchise et en réparation de son préjudice ;

Attendu que la société Hypromat fait grief à l'arrêt de sa condamnation, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge doit préciser le fondement juridique de sa décision ; qu'en prononçant la nullité du contrat de franchise pour vice du consentement du franchisé qui a été trompé par les mentions du chiffres d'affaires figurant sur le document prévisionnel sans indiquer si son consentement avait été donné par erreur ou bien s'il avait été surpris par dol, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109, 1110 et 1116 du code civil ;

2°/ que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer caractérisé, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ; qu'en se bornant à énoncer, pour annuler le contrat de franchise, que la société CLE avait été trompée par un prévisionnel chimérique qui était un élément déterminant dans le calcul des risques qu'elle prenait en ouvrant un centre de la lavage, et, en conséquence, sur la décision de contracter, sans constater qu'un tel manquement a été commis par la société Hypromat sciemment dans l'intention de provoquer dans

l'esprit de la victime une erreur déterminante de son consentement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du code civil ;

3°/ qu'en l'absence d'un dol, l'erreur sur la rentabilité économique constitue une cause de nullité du contrat de franchise à la condition que le franchisé démontre que le potentiel de bénéfices économiques attendu au jour de sa conclusion était objectivement inatteignable dès l'origine, indépendamment de ses mérites et de son action ; qu'en se bornant à énoncer, pour annuler le contrat de franchise, que la société CLE avait été trompée par un prévisionnel chimérique qui était un élément déterminant dans le calcul des risques qu'elle prenait en ouvrant un centre de lavage, et, en conséquence, sur la décision de contracter, après avoir constaté qu'aucune défaillance dans la gestion dans l'entreprise n'est de nature à expliquer l'écart entre les chiffres d'affaires réalisés et ceux annoncés dans le document prévisionnel de la société Hypromat, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, compte tenu de l'aléa affectant toute activité économique, si l'écart entre les prévisions et les chiffres d'affaires réalisés n'était pas la conséquence de circonstances inattendues et extérieures au franchiseur qui sont postérieures à la date de réalisation de l'étude de faisabilité et qui résultaient du doublement du coût des travaux de génie civil, de l'insuffisance des investissements publicitaires, du montant des loyers, de la création d'une rocade réduisant de deux tiers la fréquentation des véhicules, et de l'ouverture d'une centre de lavage concurrent à une centaine de mètres de distance, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à établir que dès l'échange des consentements, le chiffre d'affaires projeté ne pouvait pas être atteint ; qu'ainsi, elle a privé sa décision de base légale au regard des articles 1109 et 1110 du code civil ;

4°/ qu'en affirmant que l'écart entre les chiffres d'affaires prévisionnels et ceux effectivement réalisés démontre que la société Hypromat a manqué à son obligation d'information en établissant un document irréaliste et trompeur, après avoir constaté qu'une telle différence ne s'explique pas par une défaillance dans la gestion de l'entreprise, sans répondre aux conclusions par lesquelles la société Hypromat a soutenu que l'écart entre les prévisions et les chiffres d'affaires réalisés résultait ainsi du doublement du coût des travaux de génie civil, de l'insuffisance des investissements publicitaires, du montant des loyers, de la création d'une rocade réduisant de deux tiers la fréquentation des véhicules, et de l'ouverture d'une centre de lavage concurrent à une centaine de mètres de distance, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ que l'erreur doit être excusable ; qu'en se bornant à constater que la société Hypromat avait manqué à son obligation d'information à l'égard de la société CLE, quand bien même elle n'était pas novice, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'expérience acquise par le gérant de la société CLE dans l'exploitation d'un autre centre de lavage pendant huit ans de 1993 à 2001 sous contrat de franchise ne la mettait pas à même d'apprécier les risques de l'exploitation, ce qui lui interdisait de rechercher la nullité du contrat de franchise en raison d'un vice du consentement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1109 et 1110 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir retenu que, même si le dirigeant de la société CLE n'était pas novice pour avoir repris avec succès un centre de lavage de la même enseigne dans une autre région quelques années auparavant, la société Hypromat devait lui communiquer des chiffres sérieux concernant le marché local, l'arrêt relève que le chiffre d'affaires prévisionnel annoncé par le franchiseur s'est révélé deux fois supérieur à celui réalisé par la société CLE qui, même après plusieurs années d'exploitation, n'a jamais réussi à atteindre le montant annoncé pour la première année ; qu'il ajoute que cet écart dépasse la marge habituelle d'erreur en la matière, qu'aucune défaillance dans la gestion de l'entreprise par le franchisé n'est de nature à l'expliquer et que la société Hypromat ne fournit aucun exemple de centres de lavage implantés dans des agglomérations de taille similaire ayant réalisé entre 2003 et 2008 des chiffres d'affaires comparables aux prévisions annoncées ; qu'il en déduit que la société Hypromat, qui a fourni à la société CLE un prévisionnel irréaliste et chimérique, a failli à son obligation d'information et que la société CLE, trompée sur cet élément déterminant dans le calcul des risques qu'elle prenait en ouvrant un centre, a ainsi été victime d'un vice du consentement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre la société Hypromat dans le détail de son argumentation, a justifié sa décision sans être tenue de procéder aux recherches inopérantes visées aux première, deuxième et cinquième branches ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Lien de causalité

Cass. com., 16 mai 2000, n° de pourvoi : 97-16386 (inédit)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Uni inter, qui a pour objet le conseil et le courtage matrimonial, a conclu un contrat de franchise avec M. Tissier, en vue de l'exploitation d'une agence à Orléans ; que celui-ci a assigné le franchiseur en résolution du contrat et en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Uni inter fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité du contrat et de l'avoir condamnée à reverser à M. Tissier une certaine somme, avec intérêts de droit à compter de la date de conclusion du contrat, et capitalisation de ces intérêts à compter de la date de l'assignation, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, dès lors que la cour d'appel, ayant relevé que la société Uni inter avait satisfait aux exigences formelles de la loi du 31 décembre 1989, ne pouvait lui reprocher d'avoir manqué à son devoir d'information envers le futur franchisé ; qu'ainsi, la cour d'appel a, d'un côté, entaché sa décision d'une contradiction de motifs, violant ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, d'un autre côté, entaché sa décision d'un manque de base légale au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

alors, d'autre part, que constitue une réticence dolosive le fait, pour l'une des parties au contrat, qui a connaissance d'un fait de nature à influencer sur le consentement de l'autre partie en la conduisant, soit à ne pas conclure le contrat, soit à le conclure à d'autres conditions, de ne pas signaler ce fait à l'autre partie ; qu'il appartient à la partie prétendant que son consentement a été vicié par le dol d'établir les manœuvres dont elle a été victime, et, lorsque ces manœuvres ont consisté en une réticence dolosive, d'établir le fait précis, connu de l'autre partie et à elle caché, qui, s'il lui avait été révélé, l'aurait induite à ne pas conclure le contrat ou à le conclure à des conditions différentes ; que la décision prononçant la nullité d'un contrat pour dol doit exposer les éléments constitutifs de la réticence dolosive ; qu'en se bornant à relever que si la société Uni inter avait satisfait aux exigences formelles de la loi du 31 décembre 1989 en transmettant à M. Tissier, dès leur première entrevue, les documents d'information visés par cet article, elle ne lui avait pas fourni d'éléments plus précis sur la composition de la clientèle potentielle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du Code civil ;

alors, enfin, que selon l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, tout jugement doit être motivé ; que la contradiction entre les motifs équivaut à une absence de motivation ; que la cour d'appel a considéré, pour prononcer la nullité du contrat conclu entre la société Uni inter et M. Tissier, que la réticence d'information dont la première s'était rendue coupable envers le second, constituait une faute ; que cependant, la cour d'appel, rejetant la demande de dommages-intérêts de M. Tissier, considère qu'il aurait pu pallier les effets de la faute alléguée en procédant lui-même à une étude approfondie des données du marché ;

que, dès lors qu'il ressort des constatations de la cour que M. Tissier aurait pu éviter la déconvenue dont il se prévalait en procédant à une étude qu'il lui appartenait de conduire, la cour n'a pu, sans contradiction, imputer à la société Uni inter des manœuvres constitutives de réticence dolosive ; qu'ainsi, la cour d'appel a violé la disposition légale susvisée ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que si la société Uni inter justifie avoir satisfait aux exigences formelles de la loi du 31 décembre 1989 et du décret du 4 avril 1991 en transmettant, dès la première entrevue, les documents visés par ces textes, elle en a méconnu les termes en se bornant à communiquer à M. Tissier des informations incomplètes sur la composition de la clientèle potentielle dont dépendaient les chances de réussite de l'implantation et du développement de l'agence, et l'a ainsi privé de la possibilité d'apprécier la rentabilité de l'entreprise et de déterminer les moyens à mettre en œuvre pour en assurer le développement ; que la cour d'appel, qui, hors toute contradiction, en a déduit que le consentement du franchisé avait été vicié du fait de la réticence dolosive du franchiseur, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant retenu, pour rejeter la demande en dommages-intérêts présentée par M. Tissier, qu'il ne démontrait pas que la faute commise par le franchiseur avait été la cause directe et exclusive des pertes d'exploitation générées par son activité, la cour d'appel a pu, sans se contredire, statuer comme elle l'a fait ;
D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Loyauté et contrats de distribution³⁰

Jean-Louis Respaud

*Maître de conférences de droit privé à la faculté de droit d’Avignon,
UMR 5815 Dynamiques du droit, Université Montpellier 1
(in *Droit et loyauté*, Ed. Dalloz, collection Actes, 2015, p. 95)*

Tel Cerbère, le chien à plusieurs têtes gardant les portes d’Hadès, la bonne foi présente plusieurs visages³¹, qui sont, peut-être, autant de gardiens du bon droit. Le droit civil donne, en effet, à la bonne foi au moins deux significations³² ; il s’agit, d’une part, de la loyauté exigée dans les actes juridiques qui correspond à la *Treu und Glauben* du droit allemand et, d’autre part, de la croyance erronée et excusable dénommée *Guter Glaube* outre-Rhin³³. Derrière ce second visage, la bonne foi consistera alors, soit, en l’ignorance de ce qui est, défaut d’un droit subjectif³⁴, existence d’un fait³⁵, soit en la croyance de ce qui n’est pas³⁶, soit encore en une subtile combinaison de croyance et d’ignorance³⁷.

³⁰ La présente contribution ne traite pas des questions relatives au droit de la concurrence. Sur ces questions, v. la contribution de R. Bouniol, *Loyauté et concurrence*.

³¹ Y. Loussouarn, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l’Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec 1992, p. 7, spéc. p. 11 s.

³² Sur ces notions, v. not. Becquart, *Les mots à sens multiples en droit civil français*, thèse Lille, 1928.

³³ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l’exécution des contrats*, LGDJ, 1989, n° 6. Pour une étude de la bonne foi en droit comparé, v. Travaux de l’Association Henri Capitant, *La bonne foi*, *op. cit.*

³⁴ V. les articles 549, 550 et 555, 1141 et 2279 du Code civil en matière de possession immobilière ou mobilière. Les articles 1238, 1240, 1299, 1378 et 1935 du même code, relatifs d’autres questions, méritent également d’être cités. En droit prétorien, Y. Picod renvoie à la théorie de l’apparence pour illustrer cette bonne foi, ignorance légitime (Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l’exécution des contrats*, *op. cit.*, n° 6, note 11). Sur ces questions, v. not. J.-L. Sourieux, « La croyance légitime », *JCP* 1982. II. 3058.

³⁵ L’article 2008 C. civ. dispose par exemple : « Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l’une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu’il a fait dans cette ignorance est valide. » L’article 2009 C. civ. précise : « Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l’égard des tiers qui sont de bonne foi. » V., L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990.

³⁶ Selon la théorie du mariage putatif consacrée par les articles 201 et 202 C. civ., la bonne foi consiste à ignorer l’empêchement légal qui s’opposait à la formation du mariage.

³⁷ V. not. E. Kornprobst, *La notion de bonne foi. Application au droit fiscal français*, LGDJ, 1980.

Mon intérêt pour la notion de bonne foi se limitera à l'une de ses expressions, l'exigence énoncée par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi³⁸ ». Il s'agit de la loyauté contractuelle dont tous les contractants doivent faire preuve³⁹.

Cette exigence, largement accueillie depuis déjà quelques décennies⁴⁰, eut pourtant un mal certain à trouver sa place, son autonomie, au sein de notre droit des contrats. Il a été, en effet, tour à tour soutenu, afin de minimiser la portée de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, que ses dispositions n'avaient pour objet que de réaffirmer l'abandon d'une ancienne distinction de droit romain⁴¹, contrats de bonne foi et contrats de droit strict, ou que celles-ci se confondaient avec celles de l'article 1135 du

³⁸ Il est peut-être intéressant de remarquer que la distinction *bonne foi/loyauté* et *bonne foi/erreur légitime* est également utilisée par le professeur G. Lyon-Caen dans une étude consacrée au domaine spécifique des obligations. Cet auteur différencie la *bonne foi/absence d'intention malveillante* de la *bonne foi/croyance erronée* (G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946. 75).

³⁹ D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA* 1998, n° 54, p. 8. Entre constat et « prophétie », un auteur a pu écrire : « pour plagier Malraux, le XXI^e siècle sera celui de la loyauté contractuelle ou ne sera pas » : D. Mainguy, « Les effets réels et les effets personnels », in « Un an de technique contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1999/3. Notion « magnifiée et mise au pinacle » : P. le Tourneau, V° « La bonne foi », *Rep. civ. Dalloz*, 1995, n° 31. Un comparatiste a pu constater et relater l'étonnement de nombreux auteurs étrangers sur la faible et tardive importance conférée à la bonne foi en France (F. Ranieri, « Bonne foi et exercice du droit en *civil law* », *RID comp.* 1998. 1055).

⁴⁰ V. not. Y. Picod, *op. cit.* R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspectives*, thèse Paris, 1992. Selon le professeur D. Mazeaud, « moribonde il y a encore deux décennies, la bonne foi aura été la notion vedette de ce vingtième siècle finissant » (D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA* 1998, n° 54, p. 8. Du même auteur, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 603). Dans le même sens, J.-M. Bahans, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux 4, 1998, n° 318. Ce constat peut être dressé dans d'autres droits que le nôtre. Le droit civil québécois connaît ainsi le même phénomène (sur la question, v. not. R. Cabrillac, « Le nouveau code civil du Québec », *D.* 1993. Chron. 267). Le droit international fait également une large place à la notion de bonne foi ; ce critère est largement diffusé dans les Principes Unidroit (D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 205) où il apparaît plus de soixante-dix fois (G. Alpa, « Nouvelles frontières du droit des contrats », *RID comp.* 1998. 1015).

⁴¹ Le droit romain distinguait entre les *contrats de bonne foi* et les *contrats de droit strict* (V. Benzacar, *De la bonne foi. Ses effets sur les contrats du 1^{er} au VI^e siècle de l'Empire en droit romain*, thèse Bordeaux, 1890, p. 11 s., cité par O. Anselme-Martin, « Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA* 22 janv. 1997, n° 9, p. 17). Les premiers étaient ceux qui s'étendaient à tout ce que l'usage et l'équité pouvaient exiger en pareille situation. Les autres, astreints au formalisme, se limitaient à ce qui avait été rigoureusement convenu (J.-A. Rogron, *Code civil expliqué, par ses motifs et des exemples*, 3^e éd., Paris, 1828, p. 541 ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, LGDJ, 1989, n° 6). Le Code civil balaya cette antique distinction (C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, 1868, n° 393). Les rédacteurs du Code civil ont emprunté les termes de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil à une formule de Domat : « Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi » (Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1776, livre I, titre I, section II, XII).

même code⁴², comme c'est le cas d'ailleurs dans le Code tunisien des obligations⁴³. Certains auteurs arguèrent encore que cette exigence ne représentait qu'une règle générale d'interprétation des conventions⁴⁴, ou enfin que son unique intérêt était de préciser l'application des règles de responsabilité contractuelle⁴⁵.

Ainsi, pareil devoir, doté de sa propre identité, que les uns n'ont de cesse de minimiser, souvent d'écarter, et auquel d'autres recourent trop facilement, suscite naturellement la curiosité et peut présenter quelque intérêt dans l'étude des contrats de distribution.

Comme l'enseignait Mousseron⁴⁶, les contrats, à l'instar des êtres vivants, naissent (A), vivent (B) et enfin meurent (C).

I. Loyauté contractuelle et formation des contrats de distribution

Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas entendu, tout au moins dans un premier temps, limiter la portée de l'exigence de bonne foi à la seule exécution du contrat mais avaient souhaité l'étendre à sa formation. La rédaction première de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil disposait, en effet, que « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi⁴⁷ ».

⁴² Demogue a clairement identifié et résumé en une formule ce qui rapproche mais surtout distingue les règles énoncées par l'article 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil : « C'est parce que le contrat ni la loi ne précisent jamais complètement quels doivent être ses agissements, et que c'est donc le juge qui doit dire quelle conduite il [le débiteur] devait tenir en présence des circonstances particulières où il s'est trouvé, qu'on dit, à titre de directive, que cette conduite doit être conforme à la bonne foi » (Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, n° 3 s.). La distinction réside ainsi essentiellement dans la faculté d'intervention du juge ; l'article 1135 du Code civil lui permet de « déterminer l'étendue des obligations des contractants, alors que la bonne foi est déjà dans le contenu du contrat et s'impose aux contractants » (R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspectives*, op. cit., p. 56). Sur la distinction entre les articles 1134 al. 3 et 1135 C. civ., v. égal. C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, thèse Montpellier, 1997, n° 380.

⁴³ Le Code tunisien des obligations et des contrats contient, en effet, une disposition fort intéressante à ce sujet. L'article 243 de ce code dispose en effet : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature » (décret du 15 déc. 1906 portant promulgation du Code tunisien des obligations et des contrats, *JOT* n° 100 supplémentaire du 15 déc. 1906, Publications de l'Imprimerie officielle de la République tunisienne, 1998).

⁴⁴ Cette assimilation n'est certes pas innocente ; l'idée de bonne foi fournirait au juge un critère d'interprétation des conventions qui lui permettrait en réalité de réviser celles-ci (v. not. G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946. 75, n° 9).

⁴⁵ L'exécution de bonne foi permet à titre de *récompense* d'obtenir une protection à l'égard des prétentions, notamment de réparation, de l'autre partie : v. L. Breton, « Des effets civils de la bonne foi », *Rev. critique*, 1926, p. 86. Rappr. de la garantie dans le contrat de vente, l'article 1645 du Code civil condamne le vendeur de mauvaise foi, outre la restitution du prix, à réparer l'intégralité du préjudice subi par l'acheteur (v. notam. P. Ancel, « Garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de ventes en matière mobilière », *RTD com.* 1979. 203).

⁴⁶ J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 1988.

⁴⁷ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XVIII, p. 54. C'est Portalis qui demanda « que l'on retranche » cette référence à la conclusion de la convention rendue inutile par les dispositions des articles 1108 s. (Fenet, op. cit.). Il est intéressant d'observer que le nouveau Code civil québécois a récemment introduit cette précision par son article 1375 : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. »

Rien d'étonnant, dès lors, à voir ressurgir la loyauté contractuelle à l'occasion de la naissance des contrats de distribution, pour notamment venir encadrer tant la sélection des distributeurs (A) que leur information précontractuelle (B).

A. La sélection du distributeur

Parmi les différents modes de distribution les plus pratiqués figure la distribution sélective. Elle consiste pour le fournisseur à identifier les critères de sélection lui permettant de retenir les distributeurs qui correspondent à l'idée qu'il se fait de la distribution optimale de ses produits, et à éliminer les autres⁴⁸.

Cette sélection doit se faire principalement sur des critères d'ordre qualitatif⁴⁹, à savoir relatifs soit aux qualités d'ordre technique ou commercial du distributeur soit à celles, de mêmes ordres, de ses installations. Mais dès lors qu'un distributeur satisfait aux critères préalablement définis par le fournisseur, ce dernier ne peut légitimement lui refuser l'accès à la distribution des produits de sa marque. Le distributeur doit être intégré au réseau. Les critères sérieux, objectifs et précis doivent, en effet, être appliqués sans discrimination, c'est-à-dire loyalement. Ainsi, par exemple, dès lors que le fournisseur a retenu comme critère de sélection que le distributeur doit être horloger diplômé, il ne peut pas intégrer à son réseau un distributeur qui ne l'est pas, y compris s'il n'en est aucun dans la ville considérée⁵⁰. Ce serait discriminatoire et déloyal envers ceux qui satisfont à la condition de sélection.

En revanche, lorsqu'il s'agit de l'accès à un réseau de concession commerciale, forme de distribution fondée sur l'exclusivité territoriale⁵¹, la Cour de cassation considère que « le concédant a le droit de traiter avec le concessionnaire de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé⁵² ».

La loyauté ne préside donc pas à la destinée de tous les distributeurs.

B. L'information précontractuelle du distributeur

L'article L. 330-3 du Code de commerce, anciennement article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, dite *loi Doubin*, dispose :

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

⁴⁸ V. notam. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec 2014, 7^e éd., n° 611.

⁴⁹ CJCE 25 oct. 1977, *Metro*, Rec. CJCE I-1875 ; v. égal. TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19-92, *Yves Saint Laurent Parfums*, et T-88/92, *Givenchy*, Rec. CJCE, II, p. 1851 et s.

⁵⁰ Décision n° 96-D-72 du 19 nov. 1996 relative aux pratiques constatées dans la distribution des montres Rolex, Rec. *Lamy*, n° 703, comm. J.-L. Respaud.

⁵¹ V. notam. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 654.

⁵² Com. 7 avr. 1998, n° 96-13.219, *Bull. civ. IV*, n° 126.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »

L'article R. 330-1 du Code de commerce détaille la liste des informations à communiquer au moins vingt jours avant la conclusion du contrat.

Ces textes, bien que n'étant pas uniquement relatifs aux contrats de distribution, les intéressent tout particulièrement. Ils visent à ce que le contrat, notamment de distribution, soit conclu loyalement, c'est-à-dire afin de permettre au débiteur d'une exclusivité d'activité de « s'engager en connaissance de cause ».

La *loi Doubin* n'est pas sans rappeler la grenouille, de la fable de La Fontaine, qui voulait se faire aussi grosse que le bœuf. En effet, au fil des ans, le champ d'application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce n'ont cessé de croître (1), d'enfler à l'instar de la grenouille. « S'enfla si bien qu'elle creva » : à la différence de la fable qui connaît ainsi une morale, une sentence, la *loi Doubin* n'est toujours pas assortie d'une véritable sanction civile quant au sort du contrat conclu sur la base d'une information précontractuelle défailante (2).

1. Une application croissante

*De quels contrats s'agit-il*⁵³ ? Cette question est mal posée. En effet, la première manifestation du vaste champ d'application de la *loi Doubin* fut offerte par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 10 février 1998. Selon cet arrêt, « les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu⁵⁴ ».

⁵³ P. Lutz et M.-P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière ? », *D.* 2001. 1708 ; G. Blanc, « Les contrats de distributions concernés par la loi Doubin », *D.* 1993. Chron. 218 ; pour une étude récente et plus générale, N. Dissaux, « L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP* 2010, n° 5, p. 236.

⁵⁴ Com. 10 févr. 1998, n° 95-21.906, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; *CCC* 1998, n° 55, obs. L. Leveneur ; *D.* 1998. Somm. 334, obs. D. Ferrier ; *D.* 1999. 431, obs. Y. Marot ; *RTD civ.* 1998. 365, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1998. 911, obs. B. Bouloc ; D. Mainguy, P. Grignon et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1998, n° 2, p. 21, n° 17.

Il n'est donc pas nécessaire de s'intéresser à la nature du contrat, contrat de franchise, de concession exclusive ou autre, il suffit de rechercher la présence d'une clause d'exclusivité contrepartie à la mise à disposition de signes distinctifs. Il s'agit du régime de ladite clause et non pas de tel ou tel contrat⁵⁵. D'ailleurs, l'article L. 330-3 du Code de commerce figure dans un titre III intitulé « Des clauses d'exclusivité ». L'exigence d'une information précontractuelle loyale ne distingue donc pas selon les types de contrats de distribution.

De quelle exclusivité s'agit-il ? Un arrêt rendu le 19 janvier 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation est éclairant à ce sujet⁵⁶. Le franchiseur soutenait que l'article L. 330-3 du Code de commerce ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur or le franchisé avait la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et n'était donc pas tenu à son égard d'une exclusivité d'activité. La chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'argument au motif que s'il existe bien pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité et que dès lors c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce était applicable⁵⁷.

À quelle exclusivité le législateur fait-il donc référence ? Cette question soulevée par la société Expert est parfaitement pertinente. L'article L. 330-3 du Code de commerce dispose que : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. » L'expression retenue par le législateur est « un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ». La Cour de cassation retient à l'instar de la cour d'appel que l'activité à considérer est celle relative aux produits ou services couverts par le contrat. Si la Cour semble aller au-delà de la lettre de la loi, elle nous semble pourtant en extirper et respecter le sens car l'activité retenue, c'est-à-dire celle objet de l'exclusivité, est bien celle qui est la contrepartie à la mise à disposition de l'enseigne ou de la marque. Le critère d'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce est donc qu'une exclusivité soit exigée concernant l'activité contractuelle et non pas nécessairement l'activité globale du distributeur⁵⁸.

⁵⁵ Pour illustration, l'arrêt précité est relatif à un contrat de location-gérance. Pour une application à un contrat de coopérative de détaillants : Douai, 4 juill. 2002, *D.* 2002. AJ 2868, obs. E. Chevrier ; *Lettre distrib.* sept. 2002, p. 2.

⁵⁶ Com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *Bull. civ.* IV, n° 15.

⁵⁷ Pour une autre hypothèse d'application de cette disposition à un engagement de quasi-exclusivité, v. Com. 19 oct. 1999, n° 97-14.366, *D.* 2001. Somm. 296, obs. D. Ferrier.

⁵⁸ En ce sens, Agen, 12 mars 2008, *CCC* 2008, n° 199, obs. M. Malaurie-Vignal.

Quid de l'application de la loi Doubin aux études et budgets prévisionnels ? Une réponse affirmative est offerte notamment par l'arrêt précité en date du 19 janvier 2010⁵⁹. L'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce peut paraître *a priori* curieuse s'agissant de l'étude prévisionnelle de marché puisque, comme le soulignait la société Expert, ses dispositions, ni celles du décret d'application du 4 avril 1991, ne mettent à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels⁶⁰ et que dès lors si de tels documents sont néanmoins communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition. L'argument est balayé en les termes suivants : « si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ». Comment une hypothèse non couverte par un texte peut-elle pourtant y trouver son imputation, son régime ? Le raisonnement de la Cour peut intriguer. Il n'en est pourtant rien. La *loi Doubin* poursuit un objectif, à savoir que le débiteur d'exclusivité puisse s'engager en connaissance de cause ; elle impose pour ce faire des moyens que sont les documents et informations devant être communiqués préalablement à la conclusion du contrat. Il nous semble que, d'une part, l'objectif prime les moyens et que, le texte n'interdit pas de produire d'autres informations, d'autre part. Mais si tel est le choix du créancier d'exclusivité, en l'espèce le franchiseur, alors les autres éléments communiqués ne doivent pas porter atteinte à l'objectif d'engagement en connaissance de cause du franchisé. S'agissant d'une étude prévisionnelle, l'article L. 330-3 du Code de commerce met donc « à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ». Rien de surprenant. En effet, ce n'est pas parce qu'un document n'est pas prévu par la liste des informations précontractuelles à communiquer pour servir au consentement éclairé du distributeur, que ledit document peut, par un raisonnement *a contrario* bien mal venu, aller à l'encontre de cet objectif et poursuivre un dessein déloyal. Bien que la fiabilité de l'étude de marché soit considérée comme une obligation de moyens⁶¹, une différence de 36 % entre les prévisions et les chiffres réalisés démontre le caractère léger et donc fautif de l'étude prévisionnelle⁶². Les conséquences de cette lecture sont capitales : « les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la

⁵⁹ Com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *Bull. civ.* IV, n° 15. Dans le même sens, v. not. Com. 11 févr. 2011, n° 01-03.932 ; Com. 25 mars 2014, n° 12-29.675.

⁶⁰ En ce sens, Com. 11 févr. 2003, n° 01-03.932, *Cah. dr. entr.* 2003/5, p. 43, obs. D. Mainguy, *D.* 2003. 2304, obs. H. Kenfack.

⁶¹ Com. 11 janv. 2000, n° 97-16.419, *RJDA* 2000/3, n° 259.

⁶² Rapp. Com. 24 févr. 1998, n° 95-20.438 et Paris, 16 janv. 1998, *D.* 1998. Somm. 337, obs. D. Ferrier ; Lyon, 12 juin 2003, *Lettre distr.*, nov. 2003, p. 2 ; v. égal. Com. 5 déc. 2000, n° 98-16.524, *RJDA* 2001/4, n° 440.

société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ». La Cour retient ainsi que le caractère fautif de l'étude violant les exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce qui n'a pas permis à la société franchisée de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, est ainsi la cause directe des déconvenues de celle-ci et des déboires subis par les époux X, en leur qualité de caution. Cet arrêt est donc important : en effet, si la violation de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne présente guère d'utilité quant au sort du contrat, en particulier son annulation⁶³, la méconnaissance de ces exigences peut être redoutable quant à la responsabilité de son auteur⁶⁴. En effet que la méconnaissance des exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce emporte ou pas un vice du consentement susceptible d'anéantir le contrat, elle n'en constitue pas moins une faute délictuelle qui engage la responsabilité de son auteur et oblige celui-ci à réparer, au titre de l'article 1382 du Code civil, les dommages qui en sont la conséquence directe.

L'exigence d'une information précontractuelle loyale est donc vaste que ce soit par extension à d'autres formes de contrats ou d'exclusivités ou par contagion à d'autres types d'informations.

2. Une sanction absente

Si le manquement aux exigences des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce est sanctionné pénalement par l'article R. 330-2 du même code, en revanche nulle sanction civile n'est prévue par la loi ni offerte par la jurisprudence quant au sort du contrat ainsi conclu.

Cette lacune constatée (a), des propositions de correction peuvent être avancées (b).

a. Une lacune constatée

Le seul constat de la violation de la *loi Doubin* ne suffit à emporter l'annulation du contrat à défaut de la démonstration d'un vice du consentement. Cela depuis un arrêt de la chambre commerciale en date du 2 décembre 1997 qui précise :

« Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat, l'arrêt énonce que "le non-respect par la société Audreco Conception de son obligation d'information pré-contractuelle est constitutif du dol prévu par l'article 1116 du Code civil" ;

Attendu qu'en se déterminant par un tel motif sans caractériser un comportement du franchiseur ayant conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés⁶⁵. »

Cette solution a ensuite été confirmée par un arrêt de principe en date 10 février 1998 :

⁶³ V., P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *JCP E* 1998, *Cab. dr. entr.* n° 2, p. 27 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », *CCC*, mars 2003, p. 5.

⁶⁴ Dans le même sens, Com. 25 sept. 2007, n° 05-20.922 et en sens contraire pour absence de lien de causalité, v. Com. 16 mai 2000, n° 97-16.386 ; *JCP E* 2001. 269, obs. P. Neau-Leduc.

⁶⁵ Com. 2 déc. 1997, n° 95-21.563.

« Vu l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé⁶⁶. »

Cette jurisprudence est régulièrement réaffirmée par la Cour de cassation⁶⁷.

En dernière date, soit par un arrêt de la chambre commerciale du 28 mai 2013, la Cour de cassation a même durci sa position à propos des franchisés tentant de se soustraire à leurs engagements contractuels au prétexte de prétendues ou vagues lacunes de l'information précontractuelle délivrée par le franchiseur :

« Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement⁶⁸. »

Ainsi, selon la Cour de cassation, non seulement, l'incomplétude ou l'imprécision du document d'information précontractuelle délivré par le franchiseur ne présument nullement d'un vice du consentement mais ils ne le prouvent ni ne l'établissent pas davantage puisqu'en pareil cas, il appartenait au franchisé de pourvoir aux dites lacunes.

Toutes ces décisions sont conformes au second alinéa de l'article 1116 du Code civil qui exige que le dol soit prouvé.

b. Les correctifs proposés

Une présomption de vice du consentement. Afin de renforcer l'utilité de la *loi Doubin* et servir l'exigence de loyauté précontractuelle qu'elle sous-tend, il pourrait être opéré par présomption et donc par renversement de la charge de la preuve. Présumer, dès lors que les dispositions des articles des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce sont méconnus, qu'il y a vice du consentement du créancier de l'information précontractuelle, redonnerait quelque efficacité à ces textes⁶⁹.

En effet, puisque les dispositions en question indiquent, d'une part, un objectif à atteindre, l'engagement en connaissance de cause, et, d'autre part, un moyen pour y parvenir, l'information

⁶⁶ Com. 10 févr. 1998, préc.

⁶⁷ Voir not. Com. 15 mars 2011, n° 10-11.871 ; Com. 20 mars 2007, n° 06-11.290 ; Com. 6 déc. 2005, n° 03-20.510 ; Com. 21 nov. 2000, n° 98-12.527.

⁶⁸ Com. 28 mai 2013, n° 11-27.256.

⁶⁹ V., P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », préc. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », préc.

précontractuelle, il ne serait pas saugrenu de déduire, de présumer, de l'absence de mise en œuvre du moyen le défaut d'objectif.

Ainsi, en cas de manquement aux dispositions précitées, il n'appartiendrait plus au créancier de l'information précontractuelle de prouver, outre le manquement, le vice de son consentement, mais par renversement de la charge de la preuve, il incomberait au débiteur de cette information de démontrer que son manquement n'a causé nul vice du consentement de son contractant.

Il va, en effet, de soi que la présomption de vice du consentement ainsi proposée ne peut pas être irréfragable. Il s'agit d'un simple renversement de la charge de la preuve. En considération de la multitude des manquements possibles à la *loi Doubin* (absence de tout document d'information précontractuelle, informations dolosives, informations incomplètes ou obsolètes, retard dans la délivrance du document..) et à leurs conséquences très variables, retenir une même sanction reviendrait alors à consacrer une nullité automatique.

De nouvelles informations à communiquer. Compléter et hiérarchiser les informations précontractuelles devant être communiquées en application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce pourraient également être des moyens de renforcer la loyauté précontractuelle. Il serait ainsi judicieux que les promoteurs de réseaux de distribution soient tenus d'exposer les éventuels déboires judiciaires les opposant à certains de leurs distributeurs. Pour l'heure, il est seulement exigé d'eux qu'ils relatent les sorties du réseau intervenues au cours de l'année précédente⁷⁰.

Enfin, si la loi prévoit que le document d'information précontractuelle doit être délivré au moins vingt jours avant la signature, elle ne précise pas de délai maximal entre sa communication et cette signature. Une mise à jour, passé un certain délai, pourrait ainsi également servir l'exigence de loyauté précontractuelle.

II. Loyauté contractuelle et exécution des contrats de distribution

Envisager la loyauté contractuelle lors de l'exécution du contrat de distribution et vient alors immédiatement, presque irrésistiblement, à l'esprit le célèbre arrêt *Huard*⁷¹. Mais si cette décision a été le départ d'un phénomène d'extension, d'illusion, de la loyauté dans l'exécution des contrats de

⁷⁰ Art. R. 330-1, 4° c. C. com. : « Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé. »

⁷¹ Com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre ; *CCC* 1993, n° 45, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995. Somm. 85, obs. D. Ferrier ; *Deffrénois* 1993, art. 35663, n° 131, obs. J.-L. Aubert ; C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadres », in « La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD civ.* 1997. 19 ; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ 1999, n° 259 ; J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution*, thèse Montpellier, 2000, n° 248 s.

distribution (A), mouvements de balancier obligent, cette même loyauté contractuelle connut ensuite des désillusions (B).

A. Entre illusion...

L'article L. 134-4 du Code de commerce, ancien article 4 de la loi du 25 juin 1991, fait obligation au mandant et à l'agent commercial d'exécuter utilement le contrat ; telle est très exactement la règle rappelée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un récent arrêt du 24 novembre 1998⁷². Dans cette espèce, un important groupe agroalimentaire avait confié la distribution de ses produits sur le territoire de La Réunion à un agent commercial. Le mandant constitua, par la suite, une branche « export » prenant en charge les activités du groupe sur la zone de l'océan Indien ; celle-ci fut amenée à contracter en métropole avec des centrales d'achats distribuant les produits notamment sur le territoire réservé à l'agent et à des prix plus compétitifs. La chambre commerciale considère, en visant l'article 4 de la loi du 25 juin 1991, qu'« informées des difficultés de l'agent en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achat qui s'approvisionnaient en métropole », le mandant avait l'obligation de prendre « des mesures concrètes pour permettre à son mandataire de pratiquer des prix concurrentiels » et de le « mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ». L'obligation de loyauté soumet donc le mandant au devoir de prendre les mesures nécessaires, en l'espèce pratiquer des prix concurrentiels, afin de permettre l'exécution utile du contrat⁷³. L'objectif assigné par la loi au mandant et rappelé par la Cour de cassation de « mettre l'agent commercial en mesure d'exercer son mandat » est donc indissociable de l'idée d'utilité du contrat.

Les termes retenus par cette décision, notamment à propos de l'obligation de permettre au contractant de « pratiquer des prix concurrentiels », ne sont pas sans rappeler le célèbre arrêt *Huard*⁷⁴, rendu le 3 novembre 1992 par la même juridiction⁷⁵. Un pompiste, M^{me} Huard, avait conclu un contrat d'approvisionnement exclusif avec la compagnie pétrolière BP qui organisait la distribution de ses produits grâce à un réseau dual regroupant des revendeurs indépendants et des intermédiaires

⁷² Com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *Lettre distrib.* 1999-1 ; *RJDA* 1999/1, n° 31 ; *CCC* 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 1999, 98, obs. J. Mestre et p. 646, P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 1999, 371, note D. Mazeaud ; *JCP* 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; Chron. « Droit de la distribution » par P. Grignon, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1999/2, n° 3 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 165.

⁷³ Pour des commentaires critiques de cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 nov. 1998, v. obs. M. Malaurie-Vignal, *CCC* 1999, n° 56 ; *RTD civ.* 1999, 98, obs. J. Mestre et p. 646, P.-Y. Gautier.

⁷⁴ Com. 3 nov. 1992, préc. Rapp. Soc. 25 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 121 ; *D.* 1992, Somm. 294, obs. A. Lyon-Caen ; *JCP* 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. Gatumel ; *RTD civ.* 1992, 760, obs. J. Mestre. Rapp. égal. de Soc. 10 juill. 1995, *Dr. soc.* 1995, 832.

⁷⁵ Concernant le lien évident existant entre ces deux arrêts, v. not. M. Malaurie-Vignal, obs. sur Com. 24 nov. 1998, *CCC* 1999, n° 56 : « Cette solution s'aligne sur la fameuse jurisprudence Huard... ». V. égal. not., *CCC* 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 1999, 646, P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 1999, 371, note D. Mazeaud ; *JCP* 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; Chron. « Droit de la distribution » par P. Grignon, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1999/2 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », préc.

mandatés. La compagnie désirant uniformiser ce réseau décida de confier la distribution de ses hydrocarbures uniquement à des mandataires⁷⁶. Les revendeurs se virent alors proposer une novation des relations qui les unissaient à la compagnie : troquer leur statut contractuel de revendeur pour celui de mandataire. La station *Huard* refusa cette offre préférant demeurer un revendeur indépendant. Se plaignant de ce que la compagnie ne lui donnait plus les moyens de pratiquer des prix concurrentiels — ses prix d'achat étaient supérieurs au prix de vente aux consommateurs par les mandataires⁷⁷ — le distributeur assigna celle-ci, avec succès, en paiement de dommages-intérêts⁷⁸. Sur un pourvoi infructueux de la compagnie BP, la Cour de cassation a considéré « qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi⁷⁹ ». Une fois encore, exécuter loyalement le contrat, c'est l'exécuter utilement⁸⁰. En condamnant le fournisseur à réparer le préjudice subi, les juges énoncent à ce dernier son obligation de permettre à son contractant distributeur de réaliser l'effet recherché par le contrat⁸¹, la revente des produits auprès de la clientèle⁸².

⁷⁶ Sur les intérêts de l'uniformisation des relations avec l'ensemble de ses distributeurs pour un fournisseur, v. *infra*, n° 349 s.

⁷⁷ Comp. Rép. quest. écrit. E-348-96, *JOCE* C-173 du 17 juin 1996, p. 47 ; *D. Affaires* 1996. 834. Selon la réponse de la Commission CE à cette question écrite, il ressort qu'en vertu des règles communautaires, une entreprise ne détenant pas une position dominante est libre de fixer ses prix au niveau qu'elle estime le mieux adapté. Elle peut fixer des prix différents, en fonction, par exemple des canaux de distribution utilisés. Une entreprise peut ainsi, selon la Commission, très bien vendre son produit moins cher à ses propres stations-service qu'aux stations indépendantes.

⁷⁸ Rappr. de Cons. conc. 13 oct. 1992, *Supercarburant sans plomb*, *BOCC* 5 nov. 1992, p. 344 ; *Rec. Lamy*, n° 508, comm. J.-M. Mousseron et V. Selinsky ; *CCC* 1992, n° 228, obs. L. Vogel. Selon cette décision, un accord prévoyant la soumission des revendeurs non agréés au statut de commissionnaire est licite car l'effet potentiellement anticoncurrentiel est compensé par une clause garantissant aux commissionnaires des prix de vente alignés sur ceux de concurrents (v. M. Malaurie-Vignal, *Droit interne de la concurrence*, A. Colin, 1996, n° 251).

⁷⁹ Dans le même sens, mais à propos d'un mandataire, v. Com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *Lettre distrib.* 1999-1 ; *RJDA* 1999/1, n° 31 ; *CCC* 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre et p. 646, P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 1999. 371, note D. Mazeaud ; *JCP* 1999. I. 143, obs. C. Jamin ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *préc.*, p. 165.

⁸⁰ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, *LGDJ* 1989, n° 11 : « Exécuter loyalement, c'est exécuter utilement. » *Le juste et l'utile* ne sont peut-être pas opposés puisque, selon le professeur D. Mainguy, cet arrêt révèle notamment que l'article 1134, al. 3, C. civ. est « propre à réaliser une théorie du juste prix économique », D. Mainguy, *La revente*, *Litec*, 1996, n° 256.

⁸¹ Il ne faut donc pas priver son contractant de la possibilité de retirer l'avantage effectif escompté de la relation contractuelle. Ce constat permet un rapprochement avec un autre arrêt de la chambre commerciale du 31 mars 1992 : « Cette société ne peut soutenir avoir exécuté ses obligations, dès lors qu'elle n'a pas revêtu les cuves d'une peinture efficace, alors que d'autres procédés que le sablage permettaient d'obtenir le résultat escompté par son contractant ; qu'ainsi la cour d'appel n'a pas méconnu la loi du contrat en appréciant les conditions dans lesquelles il devait être exécuté de bonne foi » (Com. 31 mars 1992, *RJDA* 1992, n° 552 ; *RTD civ.* 1992. 760, obs. J. Mestre. Concernant cet arrêt, v. égal. M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, *LGDJ*, 1999, n° 259). Rappr. égal. Com. 1^{er} déc. 1998, *RJDA* 1999, n° 129.

⁸² V. sur la question, Paris 10 déc. 1998 ; *Lettre distrib.* 1999/2 ; Chron. « Droit de la distribution » par P. Grignon, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1999/2. Cette espèce relate la situation d'un concessionnaire automobile dont le contrat est résilié sans préavis, au motif d'un refus de paiement opposé au concédant par le concessionnaire et de la non-satisfaction de ses objectifs de vente. Le concédant est condamné car les difficultés du concessionnaire étaient liées la baisse des ventes des véhicules distribués causée par « une désaffection pour des modèles [...] dont les concessionnaires ne sont pas responsables » et car « par la poursuite d'une politique commerciale abusive de transfert des charges qui étaient

L'enseignement de cet arrêt est simple⁸³ : le contrat doit produire ses effets⁸⁴, réaliser sa cause⁸⁵. Comme le souligne le professeur P. Malaurie, la revente est la cause de l'achat⁸⁶. Revendre efficacement pour un professionnel, cela signifie revendre à des prix concurrentiels.

Cet arrêt n'a pas laissé la doctrine insensible ; nombreux sont les auteurs qui l'ont commenté ou annoté⁸⁷ ; certains avec méfiance⁸⁸, les autres pour l'accueillir plutôt avec faveur.

les siennes, sur son concessionnaire, [...] la société VAG a sciemment provoqué l'insuffisance de trésorerie qui a engendré les incidents de paiement qui lui ont servi de prétexte pour notifier déloyalement une résiliation à effet immédiat » : aucune faute, aucune déloyauté, aucune passivité ne pouvait donc être imputée au concessionnaire. Lorsque le concessionnaire intègre un réseau de concession, il spécialise son entreprise au service de la distribution des produits du concédant ; il paraît alors naturel que la gamme des produits contractuels ne nuise pas aux intérêts de l'entreprise concessionnaire.

⁸³ Com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre ; *CCC* 1993, n° 45, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995. Somm. 85, obs. D. Ferrier ; *Deffrénois* 1993, art. 35663, n° 131, obs. J.-L. Aubert ; C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadres », in « La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD civ.* 1997. 19 ; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, n° 259.

⁸⁴ Ce n'est d'ailleurs point là une conception nouvelle de la bonne foi. V. not. Cass. req., 23 mars 1909, *S.* 1909. 1. 552. Cass. req., 31 janv. 1887, *S.* 1887. 1. 420 ; Cass. civ., 2 févr. 1904, *S.* 1904. 1. 389. Cass. civ., 17 janv. 1906, *S.* 1909. 1. 205.

⁸⁵ Rapp. Com. 16 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 314 : cette décision censure un arrêt de cour d'appel pour avoir refusé de constater l'existence d'une obligation de contracter aux motifs qu'en l'absence de tels achats du distributeur, le fournisseur « se serait ainsi engagé sans cause ».

⁸⁶ « La vie économique (la richesse) suppose qu'incessamment les biens changent de mains : l'âme du commerce, comme le dit l'article 632 du code de commerce, on achète pour revendre. Pour : c'est l'idée de cause » : P. Malaurie, préface à l'ouvrage de D. Mainguy, *La revente*, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », t. 35, 1996. V. égal., J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, n° 324. Dans le même sens, O. Anselme-Martin, « Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA* 22 janv. 1997, n° 9, p. 17. Ce constat est à rapprocher de la notion de « produits dits pré-vendus » exposée par le professeur C. Champaud (C. Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963. 451, n° 7). Cette opinion peut être rapprochée de celle de C. Champaud et R. Rodière selon laquelle « l'intégration en est la véritable cause et non l'achat pour revendre » (C. Champaud et R. Rodière, « À propos des "pompiers de marque". Les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur », *JCP* 1966. I. 1988) ; dans le même sens, P. Pigassou, « La distribution intégrée », *RTD com.* 1980. 473 ; P. le Tourneau appréhende, pour sa part, la cause du contrat-cadre au travers des contrats d'application : « Le contrat-cadre perdrait sa raison d'être si, d'aventure, les contrats d'application ne naissaient point : il manquerait en vérité de cause » (P. le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 349). Une opinion identique est défendue par M.-A. Frison-Roche : « Ils sont sa cause finale » (M.-A. Frison-Roche, « Le contrat-cadre de distribution : création de la pratique et de la jurisprudence, mode de gestion des rapports de force dans les réseaux », in « Le contrat-cadre de distribution. Enjeux et perspectives », Paris 11-12 déc. 1996, *JCP E* 1997, suppl. n° 3/4, p. 11) ; v. également P. Didier, « À propos du contrat de concession : la station-service », *D.* 1966. Chron. 55.

⁸⁷ G. Virassamy, *JCP* 1993. II. 22164 ; J. Mestre, *RTD civ.* 1993. 124 ; L. Leveneur, *CCC* 1993, n° 45 ; J.-L. Aubert, *Deffrénois* 1993, art. 35663, n° 131 ; D. Ferrier, *D.* 1995. Somm. 85 ; C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadres », in « La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD civ.* 1997. 19 ; également du même auteur, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, colloque du 20 nov. 1997, Chambéry, *Dr. et patr.* 1998, n° 58, p. 46, spéc. p. 49. V. égal. M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, n° 259 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », préc., p. 165.

⁸⁸ D. Ferrier, *D.* 1995. Somm. 85 ; selon le professeur D. Ferrier, « on peut s'interroger sur la portée de cette décision appelant à une discrimination illicite ». J.-L. Aubert, *Deffrénois* 1993, art. 35663, n° 131 ; cet auteur met en garde contre une bonne foi, « bonne à tout faire ». Alors que, selon lui, il n'était pas besoin de recourir à cette notion ; la seule volonté d'élimination du revendeur avant le terme du contrat suffisait à engager la responsabilité du fournisseur.

Nombre de ces auteurs consacrèrent cette décision comme un exemple d'aménagement du contrat durant son exécution⁸⁹ ; contribuant d'autant à susciter la suspicion à son encontre.

Il ne me paraît pas, pourtant, que cet arrêt *Huard* du 3 novembre 1992 constitue une hypothèse ou une tentative de révision du contrat⁹⁰. La révision du contrat s'entend généralement de la modification de ses stipulations initiales par le juge ou par les parties elles-mêmes⁹¹. Dans cette décision, tout semble indiquer que la volonté du pompiste, relayée par le juge, était, au contraire, de faire respecter les termes initiaux de l'accord ou d'obtenir réparation de leur violation. Les parties avaient conclu un contrat dont l'objet était la revente des produits du fournisseur par le distributeur. La volonté de la compagnie d'éliminer les revendeurs de son réseau rendit l'objet contractuel irréalisable. C'est, à mon sens, le grief adressé par la Cour à ce fournisseur peu intéressé par le sort de son contractant et l'utilité de leur accord. L'exigence de loyauté contractuelle permet donc au juge de rappeler aux parties, en particulier au fournisseur, l'objectif qu'elles s'étaient assigné par la conclusion du contrat⁹².

B. ... et désillusions

Les désillusions sont certainement grandes pour les zélateurs de la loyauté contractuelle — ce qui n'est pas le cas de l'auteur de ces quelques lignes — tant cette exigence a été circonscrite en de nombreuses occasions⁹³.

Un arrêt rendu le 7 janvier 2014, a été l'occasion pour la chambre commerciale de la Cour de cassation de rappeler les limites de la bonne foi en matière de création d'obligations nouvelles et donc de responsabilité :

⁸⁹ J. Mestre, *RTD civ.* 1993. 124 ; l'intitulé retenu par le professeur Mestre pour présenter cet arrêt est évocateur : « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat. » C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadres », préc., p. 19 ; également du même auteur, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », préc., p. 46, spéc. p. 49. P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87, spéc. p. 98. Dans le même sens, v. égal. J.-M. Bahans, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux 4, 1998, n° 330. Rapp. des commentaires, notes et observations sous Com. 24 nov. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *Lettre distrib.* 1999/1 ; *RJDA* 1999/1, n° 31 ; *CCC* 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre et p. 646, P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 1999. 371, note D. Mazeaud ; *JCP* 1999. I. 143, obs. C. Jamin ; Chron. « Droit de la distribution » par P. Grignon, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Cab. dr. entr.* 1999/2, n° 3 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », préc., p. 165.

⁹⁰ Contrairement au professeur J. Mestre pour qui cet arrêt illustre une révision judiciaire du contrat (*RTD civ.* 1993. 124), le professeur J.-L. Aubert estime qu'il s'agit d'une invitation adressée aux parties de réviser elles-mêmes leur contrat (*Deffrénois* 1993, art. 35663, n° 131).

⁹¹ Sur la question, v. not. C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », préc., p. 46, spéc. p. 49.

⁹² Le professeur N. Molfessis conteste également que cet arrêt puisse constituer une hypothèse, ou même une prémisse, de révision du contrat notamment pour imprévision : « On aura beau lire et relire le fameux arrêt *Huard*, qui fait office de mythe, on n'y verra jamais cette admission de la théorie de l'imprévision qu'une partie de la doctrine y découvre pour mieux, en réalité, en faire advenir la solution » (N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 sept. 1998, n° 117).

⁹³ V. not. Com. 10 juill. 2007, *JCP E* 2007, note D. Mainguy et J.-L. Respaud.

« Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé que M. X..., ès qualités, reprochait à la société Milton de ne pas avoir pris en considération les intérêts de la société APL et de ne pas avoir exécuté loyalement et de bonne foi le contrat de franchise en maintenant des conditions d'exploitation qu'elle savait déficitaires, en refusant de reprendre pour elle-même l'exploitation des sites des aéroports et gares de Toulouse et Bordeaux, sauf à les reprendre gratuitement sans en payer le prix, en refusant de réduire ou de supprimer les redevances de franchise qu'elle prélevait sur le chiffre d'affaires de ces sites sans tenir compte des pertes que cela générerait pour la société APL, l'arrêt énonce que le franchisé est un entrepreneur indépendant qui assume et porte la responsabilité de ses résultats d'exploitation, financiers, et commerciaux, l'obligation du franchiseur ne s'étendant pas à la prise en charge des pertes du franchisé, et que le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution ; qu'il retient en outre qu'aucune stipulation contractuelle n'obligeait le franchiseur à reprendre l'exploitation de ces agences en cas de résultats d'exploitation déficitaires ; que de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la société Milton n'avait commis aucune faute en refusant de reprendre à son compte les agences Budget des aéroports et gares de Toulouse et Bordeaux exploitées par le franchisé⁹⁴. »

Le glas a donc une nouvelle fois sonné pour la lecture extensive de l'arrêt *Huard* selon laquelle une obligation de renégociation aurait été imposée à BP, conséquence de l'exigence de loyauté contractuelle. Les termes employés à l'occasion de cet arrêt du 7 janvier 2014 sont clairs : « le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution⁹⁵ ».

L'exécution loyale du contrat de franchise n'emporte donc pas l'obligation pour le franchiseur de renégocier le contrat en cours, ni même d'essuyer les pertes de son franchisé ou encore de reprendre ses agences déficitaires.

Autre désillusion. À l'occasion dudit arrêt, les juges n'ont pas seulement refusé de créer quelques obligations précises ou isolées, ils ont aussi écarté toute promesse générale de réussite qui serait due par le franchiseur à chacun de ses franchisés :

« Mais attendu qu'ayant retenu, sans inverser la charge de la preuve, que si l'enseigne n'a pas connu le succès escompté, le franchisé n'est pas fondé à en demander réparation auprès du franchiseur, sauf à rapporter la preuve d'un manquement précis de ce dernier à ses obligations contractuelles [...]⁹⁶. »

En refusant de créer des obligations nouvelles, voir un nouveau devoir, revendiqués au seul prétexte de la loyauté contractuelle, les juges ont non seulement circonscrit à de justes proportions cette exigence, mais ils ont, peut-être, également, appliqué une sorte de principe de spécialité de la faute contractuelle *a contrario* de celui de généralité de la faute délictuelle. Si « tout fait quelconque de l'homme » peut engager la responsabilité civile délictuelle de « celui par la faute duquel » le dommage est arrivé, au sens de l'article 1382 du Code civil, au contraire, la responsabilité civile contractuelle pour être retenue nécessite la démonstration d'un manquement avéré à une obligation prévue par les parties au contrat. Au général s'oppose le spécial.

⁹⁴ Com. 7 janv. 2014, n° 12-17.154.

⁹⁵ Com. 7 janv. 2014, préc.

⁹⁶ Com. 7 janv. 2014, préc.

De sorte que même écartée, la loyauté contractuelle permet peut-être d'éclairer des points un peu obscurs de notre droit.

III. Loyauté contractuelle et extinction des contrats de distribution

La jurisprudence développée autour de la rupture des contrats de distribution pose la question de la qualité du préavis donné pour mettre fin à un contrat de distribution, voire celle de l'obligation de « motivation » ou de « reconversion » qu'assumerait, au nom de la loyauté contractuelle, un fournisseur dans sa relation contractuelle avec un distributeur. La réponse emprunte au débat entre solidaristes et antisolidaristes et, d'ailleurs, toute décision dans ce débat est relevée par un camp ou un autre⁹⁷. Camps peut-être tous deux satisfaits puisque s'il n'est d'obligation de se comporter de bonne foi (A), il peut en revanche être reproché à un contractant d'être de mauvaise foi (B).

A. L'absence d'obligation d'être de bonne foi

Une bonne partie de la question avait été tranchée, en 2002⁹⁸ puis en 2004⁹⁹ sur une base qualifiée alors de raisonnable, prudente : le préavis, pour autant qu'il soit d'une durée suffisante, au sens de l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce, vaut reconversion du distributeur. Le préavis aurait ainsi précisément cette fonction d'information de la rupture et de reconversion du distributeur qui dispose ainsi du temps nécessaire pour trouver une solution alternative.

La réponse a été quelque peu atténuée par un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 octobre 2013¹⁰⁰. Une fois encore, la société Fiat Auto France se voyait reprocher le caractère abusif de la résiliation de trois contrats de concession automobile à durée indéterminée alors que le concessionnaire était alors en pourparlers pour céder ses fonds de commerce. Du fait de ces résiliations, les pourparlers ont été rompus, le préavis s'est écoulé et le concessionnaire a perdu la valeur de ses fonds. Dès lors, la ruine du concessionnaire, dans ces circonstances, illustre-t-elle une rupture déloyale ?

La réponse n'est plus exactement celle retenue en 2002 et 2004 même si ces jurisprudences sont particulièrement ménagées par la Cour : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur qu'il lui avait désigné et retenu, par une appréciation souveraine

⁹⁷ D. Mazeaud, note sous Com. 8 oct. 2013, *D.* 2013. 2617 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, note sous Com. 8 oct. 2013, *JCP E* 2014. 1063.

⁹⁸ Com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, *Bull. civ.* IV, n° 81 ; *JCP* 2002. II. 10146, note P. Stoffel-Munck ; *CCC* 2002, n° 134, obs. L. Leveneur ; *D.* 2002. Somm. 2842, obs. D. Mazeaud ; J.-L. Respaud, « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cab. dr. entr.* 2002/5, p. 19.

⁹⁹ Com. 5 oct. 2004, n° 02-17.338, *RLDC* 2005, p. 5, comm. D. Mainguy et J.-L. Respaud.

¹⁰⁰ Com. 8 oct. 2013, *D.* 2013. 2617, note D. Mazeaud ; *JCP E* 2014. 1063, note D. Mainguy et J.-L. Respaud.

des faits de la cause, qu'il avait précipité la notification de sa décision de résilier sans ignorer la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire, auquel il ôtait toute marge réelle de manœuvre pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas retenu la faute dont fait état la première branche, ni imposé au concédant une obligation d'assistance, et n'a pas dit que la résiliation faisait obstacle à la cession, mais a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires, a, de ces seuls motifs, pu déduire, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deuxième, cinquième et sixième branches, que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation. »

Le débat était sur ce point tranché depuis 2002 : « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion¹⁰¹ », alors que la cour d'appel de Paris avait semblé plus accueillante à l'hypothèse d'une telle obligation, dans un cadre un peu différent, celui des obligations de non-concurrence¹⁰².

À l'époque, en pleine bataille de la bonne foi et du solidarisme contractuel, les commentaires se faisaient éclatants : « Le soleil se couche aussi sur l'empire de la bonne foi », entamait Philippe Stoffel-Munck, tandis que Laurent Leveneur se réjouissait « Du plomb dans l'aile pour le solidarisme contractuel » et que Denis Mazeaud reconnaissait que du point de vue du « solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière ! », tandis qu'il se réjouit, aujourd'hui d'« un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution ». Au-delà des slogans cependant, la question posée était d'une portée considérable. Si en effet, on considère qu'un contrat à durée indéterminée peut être rompu, à tout moment, sous les auspices de la prohibition des engagements perpétuels, cette « liberté de rompre le contrat » ne peut-elle être limitée ? Tout le débat sur l'existence d'un abus dans la rupture d'un contrat à durée indéterminée reposait sur le contrôle de l'existence de deux éléments, la présence d'un préavis et la présence d'un préavis d'une durée « raisonnable » au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La question se posait également de savoir si la rupture des contrats de distribution, structurant l'activité des contractants, ne devait pas s'accompagner de diligences particulières, telle une obligation de motivation de la rupture, d'une part, et une obligation d'assistance à la reconversion d'autre part ?

Pas d'obligation de motivation, pas d'obligation d'assistance à la reconversion, la Cour reprend ici ces solutions, avec quelques circonvolutions pour bien montrer que les premiers éléments du pourvoi

¹⁰¹ Com. 6 mai 2002, n° 99-14093, *Bull. civ.* IV, n° 81 ; *JCP* 2002. II. 10146, note P. Stoffel-Munck ; *CCC* 2002, n° 134, obs. L. Leveneur ; *D.* 2002. Somm. 2842, obs. D. Mazeaud ; J.-L. Respaud, « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », préc.

¹⁰² Paris, 26 mars 1999, *LPA* 9 mars 2000, p. 13.

ne trouvaient pas prise et préciser que la Cour d'appel n'avait pas procédé à de telles affirmations : aucun revirement, donc, sur ces deux points.

B. L'interdiction d'être de mauvaise foi

La Cour, en revanche, sanctionne le comportement du concédant en ce qu'il ne se serait pas « correctement acquitté de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation » et ce parce qu'il avait « sciemment entravé la reconversion des concessionnaires ».

Le choix est d'autant plus judicieux que le contrôle ainsi réalisé par la Cour est tout en mesure et en finesse. Empreint d'une certaine délicatesse puisque la Cour paraît plus encline à sanctionner un comportement de mauvaise foi que de véritablement obliger, ou même inviter, à un comportement de bonne foi. Est-ce une interprétation restrictive de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ? On pourrait le concevoir si l'on considère, dans une position délibérément legaliste, que la loi commande une exécution de bonne foi, tandis que la Cour se contente de surveiller et sanctionner la mauvaise foi. Celle-ci s'inscrirait ainsi dans une conception, finalement réductrice : « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » : ce que l'on pouvait alors résumer en un simple appel à de « bonnes manières contractuelles¹⁰³ ». Mais on pourrait tout aussi bien considérer qu'il s'agissait en l'espèce de sanctionner un « usage déloyal d'une prérogative contractuelle » et ce indépendamment de toute distinction. Le concédant avait usé de manière déloyale de son droit de rompre le contrat en faisant preuve d'une parfaite mauvaise foi dans l'exécution de son obligation de respecter un préavis suffisant au sens, notamment, de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Comme précédemment rappelé, le préavis suffisant s'entend du préavis permettant au distributeur évincé de se reconvertir¹⁰⁴. Un récent arrêt de la cour d'appel de Limoges rappelle d'ailleurs expressément que « le préavis a pour objet de permettre à celui qui subit la rupture de la relation commerciale de réorganiser son activité et d'envisager toutes solutions en vue d'une reconversion¹⁰⁵ ». Nul doute que « toutes solutions en vue d'une reconversion » s'entendent également de la cession de son affaire par le concessionnaire. Or, c'est bel et bien cette possibilité de reconversion offerte au concessionnaire que le concédant a entravé en l'espèce ; faisant ainsi un « usage déloyal d'une prérogative contractuelle ».

¹⁰³ Com. 10 juill. 2007, *JCP E* 2007, préc.

¹⁰⁴ En ce sens, v. égal., L. Nicolas-Vullierme, « Rupture brutale des relations commerciales établies », *J.-Cl. Conc.-Consom.*, fasc. 300, 2010, n° 23 ; J.-M. Meffre, « 36°5 le matin ou de la brutalité dans les relations commerciales », *D. Affaires* 1999, p. 1145.

¹⁰⁵ Limoges, 9 févr. 2012, RG 10/017000, *BMW France c/ SA Taurisson*.

L'exigence de ne pas adopter un comportement de mauvaise foi n'implique donc toujours pas l'exigence, d'ailleurs peut-être impossible, d'un comportement de bonne foi.

TROISIEME PARTIE. – L'EXTINCTION DU CONTRAT DE DISTRIBUTION

- Textes ;
- Jurisprudence ;
- *Rupture d'un contrat de distribution : motivation, reconversion, bonne foi* - Daniel Mainguy et Jean-Louis Respaud, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 6, 6 Février 2014, 1063 ;
- Refus d'agrément et circonstance de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ?, comm. de Cass. com. 5 oct. 2004 : Revue Lamy de Droit Civil, janvier 2005, n° 478 ;
- Extraits *Chronique de droit de la distribution* ;
- Jean-Louis Respaud, *Clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence : une certaine filiation ou une filiation certaine ?* Site internet Lexbase, décembre 2010.

Textes :

Code civil

Section 3 : La durée du contrat

Article 1210

Les engagements perpétuels sont prohibés.

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.

Article 1211

Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

Article 1212

Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme.

Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat.

Article 1213

Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers.

Article 1214

Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.

Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.

Article 1215

Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat.

Section 5 : L'inexécution du contrat

Article 1217

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

Sous-section 4 : La résolution

Article 1224

La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

Article 1225

La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

Article 1226

Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

Article 1227

La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

Article 1228

Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

Article 1229

La résolution met fin au contrat.

La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Article 1230

La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

Code de commerce

« *Droit commun* »

Article L442-6

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

(...)

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

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

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

(...).

Agence commerciale

Article L134-11

Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée.

Lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. Les dispositions du présent article sont applicables au contrat à durée déterminée transformé en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède.

La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil.

Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. Si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent.

Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure.

Article L134-12

En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.

L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits.

Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent.

Article L134-13

La réparation prévue à l'article L. 134-12 n'est pas due dans les cas suivants :

- 1° La cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial ;
- 2° La cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée;
- 3° Selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.

Article L134-14

Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat.

Cette clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat.

La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat.

Article L144-9

La fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds ou de l'établissement artisanal, contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance.

Jurisprudence

Cass. com., 28 février 1995 (n° 93-14437, Bull. 1995 IV n° 63 p. 60)

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Angers, 5 février 1993), rendu sur renvoi après cassation, que la société Debic Saint-Hubertus (société Debic), soutenant que la société Laiteries Bridel (société Bridel) avait cessé, dans des conditions fautives, de s'approvisionner auprès d'elle en marchandises, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Bridel fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle avait rompu abusivement ses relations contractuelles avec la société Debic alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en déniait l'existence d'un contrat entre les parties et en affirmant en même temps l'existence de relations contractuelles, l'arrêt, entaché d'une contradiction de motifs, a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; et alors, d'autre part, qu'en se référant à des relations contractuelles qui, n'étant pas issues d'un contrat liant les parties, pouvaient être rompues à tout moment, sans aucun préavis, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel ne s'est pas contredite en relevant que si les sociétés Bridel et Debic n'étaient pas engagées dans les liens d'une convention lorsque la première avait décidé de ne plus se fournir auprès de la seconde, des contrats avaient été antérieurement conclus entre elles ;

Attendu, d'autre part, que l'arrêt relève que la société Bridel entretenait depuis environ 7 années un courant d'affaires sans cesse croissant avec la société Debic ; qu'il ajoute que celle-ci devait, compte tenu des délais de fabrication et de conditionnement du produit, constituer un stock en relation avec le volume des commandes lesquelles n'étaient généralement passées qu'une semaine ou 2 avant la livraison ; que l'arrêt retient encore que la société Bridel, qui n'établit pas le comportement fautif imputé à la société Debic, a brutalement cessé, en mars 1984, ses achats à celle-ci après lui avoir laissé croire que leurs relations allaient se poursuivre normalement, bien qu'elle eût conclu, dès le début de janvier 1984, un accord avec un autre fournisseur ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu estimer que la société Bridel avait fait dégénérer en abus son droit de mettre fin à ses relations commerciales avec la société Debic ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Cass. com., 3 avril 2012 (n° 11-13527, Bull. 2012, IV, n° 71)

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 442-6 -I-5° du code de commerce, ensemble l'article L. 134 -11 du même code ;

Attendu que pour condamner la société Boudier à payer à la société RFD la somme de 6 666 euros au titre de l'indemnité de préavis, l'arrêt retient que la durée de deux mois de préavis accordée par la société Boudier à la société RFD, lors de la rupture du contrat d'agent commercial, étant insuffisante, elle doit être fixée à quatre mois ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant pour lesquelles la durée de préavis qui doit être respectée est fixée par l'article L. 134 -11 du code de commerce en fonction du nombre d'années d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Etablissements Gabriel Boudier à payer à la société Baron Philippe de Rothschild France distribution la somme de 6 666 euros au titre de la rupture sans préavis suffisant du contrat d'agent commercial, l'arrêt rendu, le 14 décembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Dijon; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Besançon ;

Cass. com., 21 juin 2017 (n° 15-29127, P+B+I)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société La Diffusion Sofradif que sur le pourvoi incident relevé par la société Elsevier Masson ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, pour la distribution de ses publications médicales, la société Elsevier Masson (la société Elsevier) a conclu successivement avec la société La Diffusion Sofradif (la société Sofradif) des contrats d'agence commerciale à durée déterminée, les deux derniers venant à échéance le 31 décembre 2011 ; que par lettres des 2 mai et 8 septembre 2011, la société Elsevier a notifié à la société Sofradif le non-renouvellement des contrats à leur terme et engagé des négociations en vue de la conclusion d'un nouveau contrat, qui n'ont pas abouti à un accord ; que se prévalant du non-renouvellement abusif du contrat par la société Sofradif, la société Elsevier l'a assignée en réparation de son préjudice et celle-là a demandé reconventionnellement le paiement d'une indemnité de cessation de contrat ;

Vu les articles L. 134-12 et L. 134-13 du code de commerce ;

Attendu que pour rejeter la demande d'indemnité de cessation de contrat de la société Sofradif, l'arrêt retient que celle-ci, qui a refusé de conclure le nouveau contrat proposé par la société Elsevier, ayant été à l'origine de la rupture de leurs relations, ne peut prétendre à cette indemnité ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial qui refuse de conclure un nouveau contrat à l'expiration du précédent n'a pas l'initiative de la cessation du contrat au sens du second texte susvisé, de sorte qu'il n'est pas privé du droit à indemnité prévu par le premier, la cour d'appel a violé lesdits textes ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande d'indemnité de cessation de contrat de la société La Diffusion Sofradif, statue sur l'article 700 du code de procédure civile et sur les dépens, l'arrêt rendu le 17 décembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Cass. com., 10 février 2015 (n° 13-26414, Bulletin 2015, IV, n° 19)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Bourges, 28 février et 12 septembre 2013), que, la société Seco Tools France ayant mis fin au contrat de distribution exclusive qui la liait à la société Dorise, celle-ci l'a assignée en réparation de son préjudice sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Seco Tools France fait grief à l'arrêt du 28 février 2013 de la déclarer responsable de la rupture brutale de la relation commerciale la liant à la société Dorise alors, selon le moyen, que le préavis devant assortir la rupture d'une relation commerciale établie n'impose pas le maintien de relations commerciales aux mêmes conditions que celles existant antérieurement, lesquelles peuvent être modifiées pour tenir compte d'éventuels manquements de l'autre partie à ses obligations ; que dans ses conclusions, la société Seco Tools France faisait valoir que le déclin de l'implication commerciale de la société Dorise et son désengagement de la charte de distribution Seco justifiait le retrait, pendant la durée du préavis, de l'exclusivité qui lui avait été jusque-là accordée ; qu'en jugeant qu'« en mettant fin prématurément à l'exclusivité territoriale dont bénéficiait la société Dorise, la société Seco Tools France a rompu de manière brutale et abusive sa relation commerciale avec cette société », sans rechercher, comme elle y était invitée, si le comportement de la société Dorise ne justifiait pas le retrait de son exclusivité par la société Seco Tools France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ;

Mais attendu que, sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures ; qu'après avoir constaté que la société Seco Tools France avait elle-même estimé que la société Dorise avait droit à un préavis, ce qui excluait l'existence de manquements graves de la part de celle-ci, l'arrêt retient que les fautes qui lui sont reprochées dans la commercialisation des produits fabriqués par son fournisseur, à les supposer établies, ne sauraient justifier la fin prématurée de l'exclusivité territoriale dont elle bénéficiait et que le délai de préavis de douze mois accordé par la lettre de rupture du 22 janvier 2009 a été privé de son intérêt par la décision concomitante de retrait de l'exclusivité territoriale avec effet immédiat pour l'un des départements et à effet différé au 22 juillet 2009 pour les autres, plaçant la société Dorise dans l'impossibilité de mettre à profit le préavis pour se réorganiser ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a pu estimer que la rupture avait été brutale ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le deuxième moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur les troisième et quatrième moyens, réunis :

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

Attendu qu'il résulte de ce texte que seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même ;

Attendu qu'après avoir retenu que la rupture avait été brutale, l'arrêt du 12 septembre 2013 alloue à la société Dorise une somme de 1 350 euros pour des frais de modification de la « base éditoriale » et une autre de 12 000 euros pour des frais de déplacement et de formation de salariés occasionnés par la recherche de nouveaux fournisseurs ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'insuffisance de préavis avait été de nature à engendrer ces préjudices, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 28 février 2013 ;

Et sur le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 12 septembre 2013 :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Seco Tools France à payer à la société Dorise les sommes de 1 350 euros et 12 000 euros en réparation de ses préjudices au titre de la modification de la « base éditoriale » et des frais de déplacement et de formation, l'arrêt rendu le 12 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Bourges ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Riom ;

Cass. com., 11 mai 2017 (n° 16-13464)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 13 janvier 2016), que la société Etablissements Jean X... (la société X...) a conclu, en 1971, un contrat de concession avec la société Massey Ferguson puis, après le rachat de cette société par le groupe américain AGCO, plusieurs autres contrats de concession avec la société AGCO distribution, filiale française de ce groupe, distributeur en France des matériels de la marque ; que le dernier contrat, conclu le 30 novembre 2005 pour une durée indéterminée, prévoyait qu'en contrepartie d'un engagement de non-concurrence et d'exclusivité de marque, la société X... disposerait de l'exclusivité de la distribution des produits sur un territoire donné ; que, par lettre du 28 janvier 2010, la société AGCO a notifié à la société X... sa décision de mettre fin à leur relation commerciale au 31 janvier 2012 et de lever l'exclusivité territoriale au 1er août 2010 ; que la société X... a assigné la société AGCO en paiement de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ;

Attendu que la société X... fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que si elle n'est pas assimilable à une rupture partielle de la relation lorsqu'elle intervient conformément aux stipulations contractuelles qui la régissaient initialement, la cessation de l'exclusivité consentie à un distributeur le devient, nécessairement, dès lors qu'elle résulte de la mise en oeuvre d'une clause imposée, unilatéralement, en cours de relation, à un partenaire placé en situation de dépendance économique ; qu'en se bornant à relever que la société X..., faute de les avoir contestées avant de signer le contrat du 30 novembre 2005, ne justifiait pas que la société AGCO ait pu lui imposer les dispositions de l'article 10, alinéa 2, dudit contrat, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la situation de dépendance économique de la société X... et l'injonction qui lui avait été faite de signer, sans pouvoir les négocier, « l'ensemble des articles et mentions » du contrat du 30 novembre 2005, sous

peine de résiliation immédiate, n'établissent pas que cette dernière avait été contrainte de les accepter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision, au regard de l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce ;

2°/ que s'il n'interdit pas aux parties de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation ; qu'en retenant que la société X... n'était pas fondée à prétendre que la levée de l'exclusivité dont elle bénéficiait avec un préavis de 6 mois constituait une rupture partielle et brutale de la relation commerciale, aux motifs que l'article 10, alinéa 2, du contrat de concession, qui prévoyait « à l'expiration des six premiers mois du préavis (...) un abandon réciproque et concomitant par les parties de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif », constituait un « aménagement contractuel de l'exécution du préavis en cas de rupture du contrat », cependant que cette clause ne la dispensait pas de rechercher si la levée de l'exclusivité territoriale, 6 mois après la décision de rupture, n'avait pas placé la société X... dans l'impossibilité de mettre à profit le préavis pour se réorganiser, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que sous le couvert du grief infondé de défaut de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine, par la cour d'appel, des éléments de fait qui lui étaient soumis et dont elle a déduit que la société X... ne justifiait pas que la clause litigieuse lui avait été imposée par la société AGCO ;

Et attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que la société AGCO avait exprimé, lors de la notification de la rupture, sa volonté de faire application de l'article 10, alinéa 2, du contrat, afin de permettre aux parties de réorganiser leurs affaires avant la rupture, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette disposition permet, d'un côté, au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs et, de l'autre, au concessionnaire, de rompre le plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné, afin de faciliter sa reconversion commerciale et, par motifs propres, que cette clause, qui prévoit un abandon réciproque et concomitant, par les parties, de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ; qu'il retient encore que cet aménagement du préavis a permis de tenir compte de l'état de dépendance économique de la société X... et qu'eu égard à la durée de la relation commerciale et aux circonstances entourant la rupture, la société X... a bénéficié d'un délai de préavis qui apparaît suffisant ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir qu'elle a apprécié le caractère suffisant du préavis dont avait bénéficié la société X... en tenant compte du délai nécessaire à la reconversion ou à la réorientation commerciale de son activité, la cour d'appel, qui a effectué la recherche invoquée par la seconde branche, a pu statuer comme elle a fait ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 1^{er} mars 2017 (n° 15-12785)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 30 octobre 2014 rectifié le 15 janvier 2015), que les sociétés Ciben et Manuport Road transport France, devenue la société Euroports Road Transport France (la société Euroports), ont confié pendant plusieurs années à la société Sotraloma l'acheminement de marchandises ; que se prévalant d'une dégradation économique et de la concurrence déloyale de la société Sotraloma, les sociétés Ciben et Euroports ont

rompu, par une lettre reçue le 2 mars 2010, leurs relations commerciales avec cette société à compter du 10 mars suivant ; que la société Sotraloma a assigné les sociétés Euroports et Ciben en réparation du préjudice résultant de la rupture brutale de relations commerciales établies et en paiement de factures ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que les sociétés Euroports et Ciben font encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, que l'action instituée par l'article L. 442-6-1, 5° du code de commerce est de nature indemnitaire ; qu'elle ne peut dès lors déboucher à une condamnation excédant le préjudice effectivement subi ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme le demandaient les sociétés Euroports et Ciben si, à la suite de la rupture, et libérée de ses obligations à l'égard des sociétés MRT France et Ciben, la société Sotraloma n'avait pas mobilisé les moyens dont elle disposait pour réaliser des affaires avec des entreprises tierces, atteindre le chiffre d'affaires qu'elle atteignait précédemment, et si dès lors, cette circonstance ne devait pas minorer à due concurrence l'étendue de son préjudice ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ce point, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article L. 442-6-1, 5° du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant justement énoncé que le préjudice résultant d'une insuffisance de préavis devait être évalué en considération de la durée du préavis jugé nécessaire et qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des résultats d'exploitation de la victime de la rupture au cours de la période considérée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Rupture d'un contrat de distribution : motivation, reconversion, bonne foi

Commentaire par **DANIEL MAINGUY** professeur à la faculté de droit de Montpellier (UMR 5815 « Dynamiques du droit ») et **JEAN-LOUIS RESPAUD** maître de conférences à la faculté de droit d'Avignon (UMR 5815 « Dynamiques du droit »)

CONTRATS COMMERCIAUX

La cour d'appel, qui a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires, a pu déduire que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société concédante ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation.

Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952, P+B, SA Fiat France :JurisData n° 2013-021970

LA COUR (...) :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Paris, 16 mai 2012), que la Société d'exploitation du garage Royal (la SEGR) et sa filiale, la société Garage Royal, dirigées par la famille de S., ont représenté les marques du groupe Fiat aux termes de trois contrats de concession exclusive à durée indéterminée, jusqu'à ce que la société Fiat France (la société Fiat), procède à leur résiliation en mars 2001 avec un préavis de vingt-quatre mois ; que l'établissement des comptes entre les parties ayant donné lieu à diverses critiques, la société Fiat a fait assigner la SEGR et le propriétaire de son fonds de commerce en paiement de diverses sommes ; que la SEGR et la société Garage Royal, intervenant volontaire, invoquant le caractère abusif de cette résiliation au regard, notamment, des investissements réalisés en 1998 pour la représentation de la marque Alfa Roméo et des pourparlers de cession des fonds de commerce qui étaient en cours à la date à laquelle elle est intervenue, ont formé des demandes reconventionnelles, Mme B. de S. (Mme de S.) sollicitant également des dommages-intérêts en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia exploité par la société SEGR ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Fiat fait grief à l'arrêt d'avoir dit que la résiliation des contrats de concession est intervenue dans des conditions abusives, et de l'avoir condamnée à payer certaines sommes à Mme de S., en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia, et à la SEGR, en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Alfa Roméo, alors, selon le moyen : (...)

Mais attendu qu'ayant relevé qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur qu'il lui avait désigné et retenu, par une appréciation souveraine des faits de la cause, qu'il avait précipité la notification de sa décision de résilier sans ignorer la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire, auquel il ôtait toute marge réelle de manœuvre pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas retenu la faute dont fait état la première branche, ni imposé au concédant une obligation d'assistance, et n'a pas dit que la résiliation faisait obstacle à la cession, mais a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des

cessionnaires, a, de ces seuls motifs, pu déduire, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deuxième, cinquième et sixième branches, que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation ; que le moyen, qui ne peut être accueilli en ses deuxième, cinquième et sixième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur les deuxième et troisième moyens, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que la société Fiat fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer certaines sommes à Mme de S., en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia exploité par la SEGR et à la SEGR en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Alfa Roméo, alors, selon le moyen : (...)

Mais attendu, d'une part, qu'en retenant le caractère fautif de la résiliation des contrats de concession au regard des circonstances dans lesquelles elle est intervenue, et en faisant ressortir que cette faute était à l'origine de la cessation d'activité et de la perte des fonds de commerce qui n'ont pu être cédés, la cour d'appel n'a pas procédé à l'indemnisation de la perte des contrats de concession résultant de la résiliation, mais à l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence d'exécution de bonne foi des conventions ;

Et attendu, d'autre part, que la société Fiat n'ayant pas demandé dans ses conclusions d'appel que le rapport lui soit déclaré inopposable ou qu'il soit écarté des débats au nom du respect de l'égalité des armes ou du principe du contradictoire, et s'étant bornée à critiquer la méthode d'évaluation utilisée et à faire valoir que ce rapport, réalisé dans l'objectif d'une cession, était inadapté pour déterminer la valeur intrinsèque du fonds, le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau ;

D'où il suit que le moyen, qui n'est pas fondé en sa première branche, est irrecevable en sa seconde branche ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi (...).

M. Espel, prés., Mme Tréard, rapp., M. Carre-Pierrat, av. gén. ; SCP Bénabent et Jéhannin, SCP Fabiani et Luc-Thaler, av.

Note :

Le droit des contrats d'affaires est, en général, constitué de décisions de jurisprudence, un droit jurisprudentiel établi sur la base des règles du droit dit commun des contrats et de quelques règles disséminées dans le Code de commerce. Il en résulte que les règles du droit des contrats d'affaires sont un ensemble d'interprétations, en faisant un droit d'érudits, et soumis à cette incertitude liée au fait que le contrat ou le comportement effectué un jour, en conformité avec les règles applicables, sera apprécié en fonction des règles applicables au jour de la décision, la décision établissant même, peut-être, ces règles applicables.

C'est un « travers » souvent dénoncé et pourtant indépassable : il est globalement vain de prétendre prédire l'avenir juridique et jurisprudentiel et plus vain encore de prétendre pouvoir le guider.

La jurisprudence développée autour de la question de la rupture des contrats d'affaires illustre parfaitement cette situation, notamment à propos de la question de la qualité du préavis donné pour mettre fin à un contrat de distribution, voire celle de l'obligation de « motivation » ou de « reconversion » qu'assumerait un fournisseur dans sa relation contractuelle avec un distributeur.

Les enjeux théoriques et pratiques sont considérables. Théoriques, parce que cette question est une déclinaison du problème général posé par la considération juridique de la rupture d'un contrat. Qu'il s'agisse de la question du renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou de la rupture d'un contrat à durée indéterminée, la question se pose de savoir si le droit positif, consacrant un principe de liberté de ne pas renouveler ou de rompre, sous le seul contrôle de l'éventuelle brutalité de l'annonce ou de l'abus dans la rupture, est satisfaisant ou critiquable. La réponse emprunte au débat entre solidaristes et antisolidaristes et, d'ailleurs, toute décision dans ce débat est relevée par un camp ou un autre (comp. *D. Mazeaud, note sous Cass. com., 8 oct. 2013 : D. 2013, p. 2617*). Pratiques évidemment puisque derrière la réponse à cette question se joue l'organisation et la sécurisation, soit de la position des fournisseurs et donc de la gestion de la « propriété » d'un réseau de distribution avec tout le poids de la protection de cette propriété, soit celle des distributeurs et la survie de leur activité ou de leurs investissements.

Une bonne partie de cette question avait été tranchée en 2002 (*Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093 : JurisData n° 2002-014206 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 81 ; JCP G 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; Contrats, conc., consom. 2002, comm. 134, obs. L. Leveneur ; D. 2002, p. 2842, obs. D. Mazeaud ; somm. 3008, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. Mestre et B. Fages ; J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : Cah. dr. entr. 2002/5, p. 19*) puis en 2004 (*Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 : JurisData n° 2004-025096 ; RLDC 2005, p. 5, comm. D. Mainguy et J.-L. Respaud*) sur une base qualifiée alors de raisonnable, prudente : le préavis, pour autant qu'il soit d'une durée suffisante, au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, vaut reconversion du distributeur. Le préavis aurait ainsi précisé cette fonction d'information de la rupture et de reconversion du distributeur qui dispose ainsi du temps nécessaire pour trouver une solution alternative.

Ici encore, la société Fiat Auto France se voyait reprocher le caractère abusif de la résiliation de trois contrats de concession automobile à durée indéterminée conclus avec un groupe familial de concessionnaires, en 2001 avec un préavis de 24 mois eu égard notamment aux investissements réalisés en 1998 pour assurer la distribution de la marque Alpha Romeo et au fait que le concessionnaire était alors en pourparlers, dont le concédant était à l'origine, pour céder ses fonds de commerce (par commodité, nous évoquerons « le » contrat et « le » concessionnaire). Du fait de ces résiliations, les pourparlers ont été rompus, le préavis s'est écoulé et le concessionnaire a perdu la valeur de son fonds. Dès lors, la ruine du concessionnaire, dans ces circonstances, illustre-t-elle un abus dans la résiliation du contrat conclu pour une durée indéterminée ?

Les faits de l'espèce illustrent une situation assez particulière : le concédant a conclu trois contrats de concession exclusive à durée indéterminée, engagé l'élargissement du champ de l'exclusivité à une nouvelle marque, puis incité le concessionnaire à céder ses fonds de commerce à un tiers, désigné par le concédant. La négociation s'engage mais le concédant précipite sa décision de résilier les contrats de concession. On ne sait alors si la négociation ne s'engage pas assez rapidement à son goût, ni pour quelles raisons le concédant a incité le concessionnaire à procéder à ces cessions de fonds de commerce puis à précipiter la résiliation mais on peut aisément imaginer que les relations entre le concédant et le concessionnaire ne se déroulaient pas sous les meilleurs auspices.

La lecture des moyens, particulièrement soignés, et de la solution de droit retenue, assez longue, illustre l'effort de motivation de la Cour dont on retiendra sans doute essentiellement la fin : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur qu'il lui avait désigné et retenu, par une appréciation souveraine des faits de la cause, qu'il avait précipité la notification de sa décision de résilier sans ignorer la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire, auquel il ôtait toute marge réelle de manœuvre pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas retenu la faute dont fait état la première branche, ni imposé au concédant une obligation d'assistance, et n'a pas dit que la résiliation faisait obstacle à la cession, mais a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires, a, de ces seuls motifs, pu déduire, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deuxième, cinquième et sixième branches, que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation ».

Si l'on résume : la cour d'appel n'a pas décidé que la résiliation, non justifiée, pêchait par manque de motivation ; la cour n'a pas retenu l'existence d'une obligation d'assistance à la reconversion ; en revanche, et malgré le respect du préavis contractuel, en ayant sciemment entravé cette reconversion, elle ne s'est pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation.

1. L'absence de reconnaissance d'une obligation de motivation ou de reconversion

Le débat était sur ce point tranché depuis 2002 : « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion » (*Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, préc.*), alors que la cour d'appel de Paris avait semblé plus accueillante à l'hypothèse d'une telle obligation, dans un cadre un peu différent, celui des obligations de non-concurrence (*CA Paris, 26 mars 1999 : LPA 9 mars 2000, p. 13*).

À l'époque, en pleine bataille de la bonne foi et du solidarisme contractuel, les commentaires se faisaient éclatants : « Le soleil se couche aussi sur l'empire de la bonne foi », entamait Philippe Stoffel-Munck, tandis que Laurent Leveneur se réjouissait « Du plomb dans l'aile pour le solidarisme contractuel » et que Denis Mazeaud reconnaissait que du point de vue du « solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière ! », tandis qu'il se réjouit, aujourd'hui d'« un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution ». Au-delà des slogans cependant, la question posée était d'une portée considérable. Si en effet, on considère qu'un contrat à durée indéterminée peut être rompu, à tout moment, sous les auspices de la prohibition des engagements perpétuels, cette « liberté de rompre le contrat » ne peut-elle être limitée ? Tout le débat sur l'existence d'un abus dans la rupture d'un contrat à durée indéterminée reposait sur le contrôle de l'existence de deux éléments, la présence d'un préavis et la présence d'un préavis d'une durée « raisonnable », question que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce précise en exigeant un préavis écrit et d'une *durée tenant compte de l'ancienneté des relations*, ce qui permet de dépasser la durée du seul contrat rompu pour prendre en compte les relations antérieures (en ce sens, *Cass. com., 15 sept. 2009 : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 265, obs. N. Mathey ; D. 2009, p. 2277, note E. Chevrier*), fussent-elles de nature différente, et de contrer l'hypothèse d'un délai contractuellement prévu mais trop court au regard de cet étalon. La question se posait cependant de savoir si en raison de la nature

même de ces relations contractuelles, des contrats de distribution d'une valeur pouvant être considérable et en toute hypothèse des contrats structurant l'activité des contractants, la rupture ne devait pas s'accompagner de diligences particulières, voire d'obligations spécifiques inhérentes au contrat.

C'est là que le débat sur le solidarisme contractuel, ou plus exactement, sur l'interprétation de l'article 1134, alinéa 3 ou 1135 du Code civil prenait et prend toujours tout son sens.

Peut-on considérer qu'un tel contrat contienne, par nature, une obligation de motivation de la rupture, d'une part, et une obligation d'assistance à la reconversion, d'autre part ? On mesure l'avantage, pour le distributeur, d'une telle reconnaissance : il lui suffirait alors de démontrer l'inexécution de ces obligations, tandis que, à l'inverse, le concédant devrait établir que ces obligations ont été correctement exécutées, et se serait ajouté, sans doute, un débat sur la qualité de la preuve à apporter ou sur l'étendue de ces obligations. Sur le fondement de ces textes, une partie de la doctrine considérait qu'une telle obligation de motivation, et/ou d'assistance à la reconversion, s'imposait comme condition d'une exécution de bonne foi du contrat, ou comme suite nécessaire des obligations contractuelles, en un parfum de moralisation du contrat, dans la tradition française de l'analyse morale du contrat.

Inversement, l'analyse traditionnelle, considérant, à la suite de la démonstration de Ripert notamment (*G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles : LGDJ, 1934 ; Comp. S. Darmaisin, Le contrat moral : LGDJ, 2000*), que les règles du Code civil intègrent en elles-mêmes toute l'analyse morale possible du contrat, ce dont il résulterait que si l'obligation en question n'est pas prévue au contrat, il n'est pas possible à un interprète de l'ajouter sous couvert d'application de l'article 1134, alinéa 3 et donc de sur-moralisation d'un droit des contrats déjà moral.

C'est en ce sens que tout le débat, pour ou contre le développement du solidarisme contractuel n'est certainement pas un combat entre « libéraux » ou « antilibéraux ». Tout le droit des contrats est fondé sur une conception libérale. Toutefois, à la différence de la conception optimiste libérale, considérant que la liberté est une donnée naturelle d'un homme bon par nature et repoussant toute limitation légale de cette liberté, le droit français s'inscrit dans une conception septique selon laquelle la liberté réelle n'existe que si elle est posée par la loi (la norme juridique) et si son exercice, dans son principe comme dans ses limites, est garanti et déterminé par la loi. En revanche, ce débat est la reprise moderne d'un débat ancien autour des frontières et du contenu de la justice contractuelle, déterminée comme une « morale » contractuelle : est-ce la limitation au contenu expressément consenti, ce consentement étant déjà largement encadré par des frontières morales (vices du consentement, cause, objet, etc.) dans une conception morale minimaliste ou au contraire, le contenu idéal du contrat, au-delà de ce que les parties ont expressément dit, dans une conception tout aussi morale mais maximaliste.

Au-delà de ce clivage dans ces analyses morales, où la première est souvent confondue avec l'analyse économique du contrat, une analyse proprement économique propose un débat placé sur le plan de l'efficacité de la norme : est juste la norme économiquement efficace, celle qui maximise l'allocation des richesses. La justice est alors déclinée sur un fondement économique et non moral. Il n'est pas certain qu'il en résulte davantage de certitudes juridiques. Ainsi, le règlement d'exemption par catégorie pris spécifiquement pour le contrôle concurrentiel des contrats du secteur automobile, le règlement n° 1400/2002 aujourd'hui remplacé et dont on peut estimer qu'il peut être rangé dans des normes prises à la suite d'une analyse principalement économique, revendiquée d'ailleurs par ses auteurs, précisait expressément, en son article 3, qu'un tel contrat devait, pour pouvoir bénéficier de l'exemption, prévoir que

le fournisseur soit tenu de motiver la résiliation d'un contrat à durée indéterminée par écrit en exposant les raisons objectives et transparentes, ce qui aboutirait finalement au même résultat que l'analyse morale maximaliste et au contraire du but recherché par l'analyse morale minimaliste.

Dans ce débat, la Cour de cassation avait tranché de manière radicale en 2002 : aucune obligation, inhérente au contrat et donc indépendamment de toute clause explicite, d'assistance à la reconversion du concessionnaire ne pèse sur le concédant. De même elle considérait que la rupture d'un contrat à durée indéterminée ne suppose pas que l'auteur de la rupture doive motiver cette rupture (*Cass. com.*, 7 oct. 1997, n° 95-14.158 : *JurisData* n° 1997-003832. - *Cass. com.*, 25 avr. 2001, n° 98-22.199 : *JurisData* n° 2001-009463 ; *D.* 2001, p. 3237, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages. - *Cass. 1re civ.*, 21 févr. 2006, n° 02-21.240 : *JurisData* n° 2006-032278 ; *JCP E* 2007, 1348, § 5 ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 82 ; *RTD civ.* 2006, p. 314, obs. J. Mestre et B. Fages. - *Comp.* cependant, *Cass. com.*, 3 nov. 2004, n° 02-17.919 : *JurisData* n° 2004-025481 ; *RDC* 2005, 1130, obs. M. Béhar-Touchais ; *JCP E* 2005, 1177, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud). L'existence d'un préavis était alors considérée comme une condition nécessaire et suffisante : le préavis vaut période de reconversion et le préavis se présente comme une alternative au motif, à telle enseigne qu'à défaut de préavis, par exemple dans l'exercice d'une résolution unilatérale « à ses risques et périls », il faudra que l'auteur de la rupture s'en justifie.

En revanche, le contrat peut parfaitement prévoir une obligation de motivation, voire d'assistance à la reconversion ou d'indemnisation, qu'il conviendra alors de respecter (V. par exemple, *Cass. com.*, 2 juill. 2002, n° 01-12.685 : *JurisData* n° 2002-015113 ; *JCP E* 2002, 1357 ; *Bull. civ.* 2002, IV, n° 113 ; *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2003, p. 93, note D. Mazeaud ; *RDC* 2003, 50, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP G* 2003, II, 10023, note D. Mainguy).

Pas d'obligation de motivation, pas d'obligation d'assistance à la reconversion, la Cour reprend ici ces solutions, avec quelques circonvolutions pour bien montrer que les premiers éléments du pourvoi ne trouvaient pas prise et préciser que la cour d'appel n'avait pas procédé à de telles affirmations : aucun revirement, donc, sur ces deux points.

2. La mauvaise foi dans l'entrave à la reconversion

La Cour, en revanche, sanctionne le comportement du concédant en ce qu'il ne se serait pas « correctement acquitté de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation » et ce parce qu'il avait « sciemment entravé la reconversion des concessionnaires ».

La nuance n'est pas mince entre l'affirmation selon laquelle le concédant assume une obligation d'assistance à la reconversion, par exemple tirée de l'interprétation de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil et l'identification d'une telle obligation implicite et celle selon laquelle par son comportement, le concédant a entravé la possibilité de reconversion du concessionnaire et ce faisant manqué à la bonne foi attendue dans l'exercice de son droit de résiliation.

C'est en général sur le terrain de l'abus de droit que la jurisprudence se situe, plutôt que sur celui de la bonne foi, ici la bonne foi dans l'exercice de la prérogative contractuelle de résiliation (*Rappr. Cass. com.*, 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *FS P+B+I+R*, *Fromont c/ Verdier* : *JurisData* n° 2007-040143 ; *JCP E* 2007, 2394, note D. Mainguy et J.-L. Respaud). Le contrôle de l'abus de droit, par exemple de rompre, aboutit alors à assurer le contrôle de l'exercice du

droit en question, parce que les motifs qui auraient été invoqués sont faux ou exagérés, ou bien encore parce que des investissements avaient été demandés et obtenus et que la rupture est intervenue avant leur amortissement, hypothèses classiques d'abus dit « objectif » (Cass. com., 5 avr. 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 149 ; D. 1995, somm. p. 90, D. Mazeaud ; Contrats, conc. consom. 1994, comm. 159, obs. L. Leveneur ; JCP G 1994, I, 3803, obs. Ch. Jamin ; RTD civ. 1994, p. 604, obs. J. Mestre. - Cass. com., 3 juill. 2001 : RJDA 2001, n° 1202, p. 999 ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages). Un abus de droit est en général identifié chaque fois que son titulaire en effectue un usage contraire à celui qu'il aurait dû en faire. Dès lors le contrôle de l'exercice « normal » d'un droit aboutit à deux conséquences. Le premier est trivial, c'est l'existence du contrôle de l'abus. Le second l'est moins ; en effet le contrôle de l'abus aboutit, de manière diffuse, à identifier le droit tel qu'il aurait dû être exercé et donc l'identification d'un modèle de comportement, ici contractuel.

Que ce soit sur le fondement de l'abus de droit, ou sur celui de l'exercice d'un droit dans le respect de l'exigence de bonne foi, le contrôle s'exerce et c'est là que la nuance s'impose. Il ne s'agit en effet pas pour la Cour de cassation de déterminer ce qu'aurait été un comportement de bonne foi ou un comportement non abusif en l'espèce et donc un modèle positif de comportement normal, pas davantage que pourrait être identifié sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil, une exigence ou un modèle de comportement prudent ou diligent, mais au contraire de sanctionner un comportement qu'elle considère comme de mauvaise foi ou abusif. Ce faisant, elle s'inscrit clairement dans une politique juridique et celle-ci épouse, plus ou moins, les formes de l'analyse morale maximaliste, disons le solidarisme contractuel, sans qu'il lui soit besoin de se poser en moraliste par la détermination, impossible, de ce que serait un comportement de bonne foi. En ce sens, il apparaît qu'un comportement de bonne foi, ou moral, ou loyal, ou raisonnable, est inconnaissable et qu'il n'est pas tout ce qui reste une fois qu'on a identifié toutes les hypothèses de comportement de mauvaise foi. Comportements de bonne foi et comportements de mauvaise foi ne forment pas ainsi un ensemble cohérent qu'il serait possible de mesurer : le juge peut déterminer un comportement de mauvaise foi, qui trace une frontière approximative, laquelle ne permet que difficilement d'envisager celle de la bonne foi.

On peut alors blâmer ou au contraire se féliciter du contrôle ainsi effectué par la Cour. Pour le blâmer, il faudrait cependant considérer que le concédant n'avait fait qu'exercer un droit contractuel, de résilier, en respectant les exigences de préavis, sans avoir à motiver ni à assurer la reconversion de son partenaire et donc à maintenir le contrat pour que celui-ci puisse céder son fonds. Si rien ne l'obligeait en ce sens, alors rien ne pouvait entraver l'exercice de son droit de résilier. Pour le féliciter, on peut considérer cependant que les circonstances de la rupture étaient particulières : le contrat est un contrat particulier, un contrat de réseau impliquant des contraintes contractuelles fortes qui engage la fortune de son partenaire mais aussi celle de ses contractants, des salariés, etc., de sorte qu'en incitant le concessionnaire à céder, le concédant devait, au minimum, ne rien faire qui entrave cette cession, jusqu'à ce qu'elle aboutisse ou échoue, sauf à se comporter en contractant de mauvaise foi. Dès lors, le choix du fondement tiré de la bonne foi s'avérait particulièrement judicieux, notamment au regard des faits de l'espèce : n'est pas de bonne foi celui qui n'a aucune considération pour son partenaire contractuel, qui n'apporte pas le minimum de « soins » auxquels peut s'attendre le partenaire d'un réseau organisé de la part de celui qui en est à sa tête.

Le choix est d'autant plus judicieux que le contrôle ainsi réalisé par la Cour est tout en mesure et en finesse. Empreint d'une certaine délicatesse puisque la Cour paraît plus encline à sanctionner un comportement de mauvaise foi que de véritablement obliger, ou même inviter, à un comportement de bonne foi. Est-ce une interprétation restrictive de

l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ? On pourrait le concevoir si l'on considère, dans une position délibérément légaliste, que la loi commande une exécution de bonne foi, tandis que la Cour se contente de surveiller et sanctionner la mauvaise foi. Celle-ci s'inscrirait ainsi dans la conception, finalement réductrice, selon laquelle « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » : ce que l'on pouvait alors résumer alors en un simple appel à de « bonnes manières contractuelles » (V. D. Mainguy et J.-L. Respaud, note sous Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, préc.). Mais on pourrait tout aussi bien considérer qu'il s'agissait en l'espèce de sanctionner un « usage déloyal d'une prérogative contractuelle » et ce indépendamment de toute distinction. Le concédant avait usé de manière déloyale de son droit de rompre le contrat en faisant preuve d'une parfaite mauvaise foi dans l'exécution de son obligation de respecter un préavis suffisant au sens, notamment, de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Comme précédemment rappelé, le préavis suffisant s'entend du préavis permettant au distributeur évincé de se reconvertir (en ce sens, V. également, L. Nicolas-Vullierme, *Rupture brutale des relations commerciales établies*, *JCl. Concurrence-Consommation*, Fasc. 300, 2010, n° 23 ; J.-M. Meffre, 36°5 le matin ou de la brutalité dans les relations commerciales : *D. aff.* 1999, p. 1145). Un récent arrêt de la cour d'appel de Limoges rappelle d'ailleurs expressément que « le préavis a pour objet de permettre à celui qui subit la rupture de la relation commerciale de réorganiser son activité et d'envisager toutes solutions en vue d'une reconversion » (*CA Limoges*, 9 févr. 2012, n° RG 10/017000, *BMW France c/ SA Taurisson*). Nul doute que « toutes solutions en vue d'une reconversion » s'entendent également de la cession de son affaire par le concessionnaire. Or, c'est bel et bien cette possibilité de reconversion offerte au concessionnaire que le concédant a entravé en l'espèce ; faisant ainsi un « usage déloyal d'une prérogative contractuelle ».

L'exigence de ne pas adopter un comportement de mauvaise foi n'implique donc toujours pas l'exigence, impossible, d'un comportement de bonne foi.

Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ?

Daniel MAINGUY

Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

Jean-Louis RESPAUD

Maître de conférences à la Faculté de droit d'Avignon

Revue Lamy de Droit Civil, janvier 2005, n° 478.

Nul n'a sans doute oublié cet arrêt remarqué du 6 mai 2002 à l'occasion duquel la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait refusé de reconnaître à la charge du concédant une obligation d'assistance à la reconversion du concessionnaire évincé lors de la fin du contrat (Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, *Sté Fiat auto France c/ SA Sofisud*, Bull. civ. IV, n° 81, JCP éd. G 2002, II, n° 10146, note Stoeffel-Munck Ph., *Contrats conc., consom.* 2002, comm. 134, obs. Leveneur L., D. 2002, som., p. 2842, obs. Mazeaud D. ; Respaud J.-L., *Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé*, Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 19). Cette décision dont on a pu dire qu'elle venait mettre un terme à une période de relative prospérité pour la bonne foi dans les contrats fut accueillie de manières fort diverses par la doctrine. Certains s'en attristèrent (voir notamment Mazeaud D., obs. précitées), d'autres, en revanche, s'en réjouirent presque comme d'une bonne partie de chasse (Leveneur L., *Du plomb dans l'aile pour le solidarisme contractuel*, obs. précitées ; *adde* Respaud J.-L., précité). Cette décision fut réitérée près de deux années plus tard, le 7 avril 2004, à l'occasion d'un arrêt rendu par la même chambre (Cass. com., 7 avr. 2004, n° 02-15.287, JCP éd. E 2004, suppl. Cah. dr. entr., n° 3, p. 30, obs. Respaud J.-L. ; voir également Béhar-Touchais M., *Actualités des dix-huit derniers mois de droit de la distribution*, *Contrats, conc., consom.* 2004, chron. 12, p. 6, spéc. n° 8). Ce second arrêt cassait une décision du 20 mars 2002 de la cour d'appel de Paris qui avait sanctionné la société Fiat, concédant automobile, pour rupture abusive et méconnaissance de la loyauté contractuelle. Certains concessionnaires reprochaient en effet à Fiat de leur avoir présenté de nouveaux modèles d'automobiles pour les années suivantes fort peu de temps avant de recevoir leur lettre de résiliation. Selon ces distributeurs éconduits, pareille présentation de la future gamme de la marque constituait un gage sérieux et clair quant à la pérennité de leurs relations contractuelles.

Des circonstances semblables ont donné lieu à l'arrêt rendu le 5 octobre 2004 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338, JCP éd. E 2004, suppl. Cah. dr. entr., n° 5, obs. Respaud J.-L., à paraître). Les faits sont simples. Un contrat de concession à durée indéterminée liait la société Rover France à M. Marinho, concessionnaire. Le concédant décida de résilier ce contrat. Mais la veille de l'envoi de la lettre de résiliation, les conseillers de la société Rover France avaient rencontré M. Marinho, le concessionnaire, et réfléchi avec lui à une stratégie commerciale et à une meilleure organisation de la concession. Les protagonistes s'étaient séparés en prenant rendez-vous pour une prochaine réunion et en invitant le concessionnaire à réfléchir à un plan d'action à court terme lui laissant ainsi espérer, pour ne pas dire croire, que le contrat allait se poursuivre ; ce que la cour d'appel souligna. Par cet arrêt du 5 octobre 2004,

sur pourvoi du concédant, la Chambre commerciale refuse de considérer comme fautive une telle attitude à l'occasion de la résiliation car « *le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment* » dès lors qu'il n'avait pas « *fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements* ».

Ce n'était toutefois pas le seul grief adressé par ce concessionnaire à la société Rover ; celui-ci reprochait essentiellement à cette dernière l'influence néfaste qu'elle aurait exercé quant à l'échec de la cession de sa concession. Rover avait en effet refusé d'accorder son agrément à un concessionnaire présenté par M. Marinho (rapprocher Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, Bull. civ. IV, n° 113, D. 2003, jur. p. 93, note Mazeaud D. ; pour d'autres commentaires de cet arrêt : D. 2003, som., p. 2426, obs. Ferrier D., JCP éd. G 2002, II, n° 10023, note Mainguy D., JCP éd. E 2003, n° 14, p. 609, obs. Respaud J.-L., Contrats, conc., consom. 2003, n° 10, obs. Malaurie-Vignal M., RTD civ. 2002, p. 810, obs. Mestre J. et Fages B.). Ce refus était abusif, selon le concessionnaire, puisque alors que Rover refusait son agrément à cette entreprise, elle lui proposait dans le même temps la concession d'un autre territoire. L'argument est simple et aurait pu être efficace : comment le concessionnaire pouvait-il ne pas présenter les mêmes qualités et garanties selon qui, du concessionnaire sur le départ ou du concédant, lui proposait une concession ? Là encore, la Chambre commerciale réfute le raisonnement selon lequel le refus serait de mauvaise foi aux motifs que les arguments retenus par la cour d'appel étaient « *impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime* ».

Si cet arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 5 octobre 2004, marque incontestablement une nouvelle limitation à l'influence de la loyauté contractuelle (I), il invite cependant à une nécessaire et peut-être salutaire redéfinition de ce devoir d'exécuter les obligations de bonne foi (II).

I - UNE NOUVELLE LIMITATION DE LA LOYAUTÉ CONTRACTUELLE

Qu'il s'agisse de la police du refus d'agrément (A) ou du contrôle des conditions de la résiliation (B), la loyauté contractuelle n'aura pas été une alliée fidèle pour le concessionnaire de l'espèce relatée, à l'occasion de sa quête de protection.

A - Loyauté contractuelle et refus d'agrément

Les faits méritent d'être rappelés et précisés quant à ce point particulier de l'affaire. Le concessionnaire désirant céder son activité de concession automobile avait trouvé un repreneur. Un compromis de vente avait été conclu, certainement sous la condition suspensive de l'agrément du concessionnaire par le concédant. Le contrat de concession prévoyant, en effet, l'agrément nécessaire du concédant, c'est ainsi, naturellement, que le concessionnaire se tourna vers Rover, le concédant. Rover refusa alors d'accorder son agrément rendant ainsi parfaitement impossibles la cession du fonds de commerce et la reprise du contrat de concession. À la demande du concessionnaire, la cour d'appel retint que ce refus d'agrément n'avait pas pu être motivé par la personne du candidat présenté puisque la société Rover France avait par ailleurs incité celui-ci à s'intéresser à une autre affaire malgré l'existence du compromis de vente le liant à M. Marinho. La cour d'appel ajoutait que la société Rover ne pouvait interférer comme elle l'avait fait dans les négociations entre le concessionnaire et son repreneur. Dès lors, elle concluait que ce refus d'agrément avait été opposé de mauvaise foi par la société Rover. Par cet arrêt du 5 octobre 2004, la Chambre commerciale de la Cour de cassation balaie cette démonstration de manière peut-être un peu péremptoire en affirmant que les motifs retenus par la cour d'appel étaient « *impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur des motifs*

autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime ». Selon la Cour, il est parfaitement possible que le repreneur en question ait pu ne pas plaire à Rover s'agissant de la reprise de la concession *Marinho*, alors que par ailleurs il était pour ce même concédant un candidat idéal pour un autre territoire. La Cour dissipe cet illogisme apparent en précisant que les motifs du refus n'étaient pas nécessairement liés à la personne du candidat repreneur. Il semble que les faits de l'espèce participent véritablement à l'importance de cet arrêt. Tout ou presque invitait la Cour de cassation à rejeter le pourvoi sur ce point. Personne n'aurait certainement crié à l'injustice ou au scandale si la mauvaise foi de ce concédant avait été retenue. Cela eût été d'ailleurs une occasion pour la Cour d'exprimer son non-désamour pour l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Rien de tout cela. La Cour, au-delà des faits et de la démonstration assez convaincante adoptée par l'arrêt d'appel, décide une nouvelle fois de tordre le cou de la bonne foi non par principe mais dans sa conception morale ou sociale cependant. En effet, la Cour de cassation a montré qu'elle pouvait contrôler les motifs d'une décision contractuelle, par exemple à l'occasion de la circulation d'un contrat (voir Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, précité).

B - Loyauté contractuelle et rupture du contrat

Refus d'agrément lors de la cession d'un contrat, exécution de bonne (ou mauvaise) foi d'un contrat par identification d'une obligation découlant de l'exigence de loyauté, rupture abusive d'un contrat, tous ces événements se ressemblent. Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 23 octobre 1993, avait ainsi promu la loyauté contractuelle aux côtés de l'abus en qualité de gardien des bonnes pratiques lors de la rupture d'un contrat. Cet arrêt avait en effet utilisé l'expression de rupture « *abusive et de mauvaise foi* » (Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-10.408, JCP éd. G 1994, II, n° 22224, note Jamin Ch.). Cette décision presque concomitante à l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992 semble passée de mode à lire l'arrêt du 5 octobre 2004. La surprise fut pourtant certainement grande pour ce concessionnaire de recevoir une lettre de résiliation datée du lendemain d'une visite de conseillers de son concédant venus envisager avec lui différentes stratégies commerciales pour le futur. Alors que la cour d'appel avait considéré que de telles circonstances caractérisaient la mauvaise foi du concédant, la Cour de cassation rappelle que « *le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment* » et précise que « *la cour d'appel n'a pas constaté que le concédant avait fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements* ». Ces deux points de la solution retenue par la Cour, droit de rompre et absence d'incitation aux investissements, sont en l'espèce indissociables. En réalité, une telle attitude, aussi désinvolte ou grossière puisse-t-elle paraître, n'a pu porter préjudice au concessionnaire. En effet, même en considérant que ce dernier a pu nourrir de faux espoirs, le délai fort bref de leur déception – la lettre de résiliation avait été adressée le lendemain – ne lui permettait pas matériellement de procéder à des investissements ou de décliner une proposition de reconversion (voir Respaud J.-L., JCP éd. E 2004, suppl. Cah. dr. entr., n° 5, à paraître). Ainsi, plus cette résiliation, qui pouvait paraître au concessionnaire comme une volte-face de la part du concédant, était "brutale", moins elle était, en fait, préjudiciable. La Cour réaffirme donc le droit de mettre fin à un contrat de distribution à durée indéterminée dès lors qu'un préavis suffisant est respecté. Selon la Cour, nulle espérance légitime n'a donc été déçue en l'espèce. Les juges prennent pourtant habituellement en compte le comportement du fournisseur qui a pu laisser croire son contractant en la pérennité de leurs relations (voir notamment CA Paris, 7 mars 2002, *Sté Actis Baronne c/ Sté Fiat Auto France* ; Cass. com., 9 févr. 1981, n° 79-14.440, Bull. civ. IV, n° 7 ; sur la question voir aussi Le Tourneau Ph., *Les contrats de concession*, Litec, 2003, nos 293 et s.). Si l'attitude du concédant fut peu délicate et courageuse, elle ne constituait pas pour autant une violation du devoir de loyauté contractuelle. C'est donc à bon droit que faute de préjudice, la Cour a cassé sur ce point également l'arrêt d'appel.

II - LA NÉCESSAIRE REDÉFINITION DE LA LOYAUTÉ CONTRACTUELLE

Ne pas être de grands supporteurs du solidarisme contractuel n'implique pas nécessairement de se réjouir de l'éradication progressive de la bonne foi du panel des instruments de correction ou d'évaluation des comportements contractuels à la disposition du juge et, par ricochet, des contractants eux-mêmes. Par un subtil mouvement de balancier, il peut paraître que le succès presque sans concession de la loyauté contractuelle, il y a de cela un peu plus d'une décennie, était moins l'annonce de son triomphe définitif que peut-être celle de son incurie d'aujourd'hui. Cette notion de *bonne foi*, ce devoir de loyauté est trop indispensable aux relations contractuelles et au droit des contrats pour être abandonné et livré à quelques excès que ce soit, zèle ou négation. Il est donc nécessaire, afin de sauver la part infiniment utile et fiable de cette notion, d'en rechercher une nouvelle définition peut-être débarrassée de quelques travers ou exagérations passés. La loyauté contractuelle focalisée sur la défense et la protection d'un seul contractant, "la partie faible", pour ne pas dire le maillon, semble condamnée sans appel par la Cour de cassation (A). N'est-il pas alors temps de redécouvrir la vision "classique" de la bonne foi, une bonne foi au service du contrat (B) ?

Force est de constater que le renouveau de la bonne foi ou de la loyauté contractuelle a souvent été relayé, parfois initié, par des sources de droit infiniment mercantiles et donc tournées par nature vers l'efficacité économique ou commerciale.

A - La loyauté contractuelle ne peut être au service d'une seule partie

Tel *Cerbère*, le chien à plusieurs têtes gardant les portes de *Hadès*, la bonne foi peut présenter plusieurs visages. Elle est en effet multiple et susceptible d'application ou d'interprétation bien différentes (Loussouarn Y., Rapport de synthèse, *in* La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 7 et s., spéc. p. 11 et s.). En matière contractuelle, se dégagent deux lectures majeures. L'une est fondée sur le précepte que doit exister entre les parties une forme de solidarité, de fraternité (voir notamment Mazeaud D., Loyauté, solidarité, fraternité : une nouvelle devise contractuelle ?, *in* L'avenir du droit, Mél. Terré F., Dalloz, 1999, p. 603) ; il s'agit de l'exigence de solidarisme contractuel, dans sa version morale (Mazeaud D., précité) ou sociale (Jamin C., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mél. Ghestin J., 2001, p. 441). L'autre lecture se tourne davantage vers le contrat que vers les contractants, elle considère que la bonne foi doit être le renfort, le relais de la force obligatoire du contrat pour préserver son utilité : l'article 1134, alinéa 3, non pas contre mais avec l'article 1134, alinéa 1^{er}, en quelque sorte. Elle vise à rappeler, parfois préserver, l'utilité du contrat conclu (Respaud J.-L., L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier, 2000). Il ressort que la première conception de la bonne foi, dans sa dimension protectrice de la partie faible, est radicalement et sans ménagement aucun rejetée par la Cour de cassation. L'arrêt du 5 octobre en est incontestablement une illustration supplémentaire. Ce rejet est peut-être cependant moins l'expression d'une méfiance de la Cour envers la bonne foi, notion standard molle, ou d'un refus d'apporter protection, que le fruit d'un constat selon lequel il existe d'autres instruments plus efficaces pour protéger la partie ou la catégorie qui le nécessiterait. Ainsi, si la protection qu'il est parfois nécessaire d'accorder ne paraît pas devoir être recherchée, selon la Cour de cassation, dans le droit des contrats, plus précisément dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, elle est, après l'échec de l'appel au droit de la consommation et de la généralisation de ses solutions, proposée par les règles du droit de la concurrence. Par exemple, le droit de la concurrence s'était porté au secours des pompistes abusés par la clause de restitution en nature des cuves. Aujourd'hui le renfort provient également du droit communautaire de la concurrence. Les problèmes soulevés par l'arrêt du 5

octobre 2004 en offrent une belle illustration. La cession de position contractuelle est en effet encadrée par le règlement par catégorie n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 relatif au secteur automobile (JOCE, 1^{er} août 2002, n° L 203 ; voir notamment, Moreau F. et Sergant P., Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles, D. 2002, chr., p. 2725, JCP éd. E 2002, suppl. Cah. dr. entr., n° 5, p. 31, obs. Respaud J.-L.). L'article 3.3 de ce règlement conditionne l'exemption à la liberté laissée au distributeur de céder « *des droits et des obligations découlant de l'accord vertical à un autre distributeur ou réparateur à l'intérieur du système de distribution* ». Dès lors qu'une entreprise a montré des qualités suffisantes pour intégrer le réseau, il ne peut plus lui être opposé de refus d'agrément si elle se porte cessionnaire d'une autre unité du même réseau. Le droit de la concurrence semble également voler au secours du droit des contrats quant à la rupture des accords de distribution. Rappelons ainsi que l'article 3.4 du règlement n° 1400/2002 a introduit – véritable révolution – comme condition générale de l'exemption, que « *le fournisseur qui souhaite notifier la résiliation d'un accord soit tenu de la faire par écrit en spécifiant les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation...* ». Dans une espèce comme celle relatée, il serait donc délicat pour le concédant de disserter avec son concessionnaire sur leur probable avenir commun puis de résilier le contrat dans les vingt-quatre heures en motivant solidement sa décision. À n'en pas douter, ces deux dispositions du règlement d'exemption n° 1400/2002 permettront de solutionner tout autrement pareil différend à l'avenir (voir Respaud J.-L., obs. précitées).

On doit cependant constater que cette dichotomie, droit des contrats d'un côté, droit de la consommation ou de la concurrence de l'autre, est inefficace. D'une part, les règles du droit de la concurrence sont d'application exceptionnelle et donc insuffisantes. D'autre part, les règles du droit de la concurrence n'ont pas vocation à produire une influence normative sur la matière contractuelle, mais à retraiter, selon ses propres critères, des outils, comme le contrat. On observe alors une tendance à l'absorption par les règles du droit des contrats des solutions connues par le droit de la consommation, comme par exemple les arrêts *Chronopost* en font finalement la démonstration ou l'article 4.110 des Principes du droit européen du contrat qui poursuivent les clauses abusives. C'est aussi le cas du droit de la concurrence comme la plupart des décisions ayant fondé le recours à la bonne foi (voir *infra*) en sont également l'illustration (voir Mainguy D., Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, *in* Mél. Cabrillac M., Dalloz-Litec, 1999, p. 165 ; Chany M., Droit des obligations et droit de la concurrence, Dalloz, 2004) où, derrière bien des appels à la bonne foi, on trouve des exigences économiques.

B - La loyauté contractuelle doit être au service du contrat

Parmi les arguments des détracteurs du solidarisme contractuel figure en bonne place l'angélisme dénué de toute attention pour l'efficacité économique que constituerait ce courant de pensée (voir notamment, Leveneur L., obs. sous Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Contrats, conc. consom. 2002, comm. 134 ; Respaud J.-L., Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé, précité ; voir également du même auteur, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier, 2000, nos 233 et s.). Pourtant force est de constater que le renouveau de la bonne foi ou de la loyauté contractuelle a souvent été relayé, parfois initié, par des sources de droit infiniment mercantiles et donc tournées par nature vers l'efficacité économique ou commerciale. C'est en particulier le cas des règles du droit du commerce international et notamment du droit matériel des contrats internationaux dont les désormais célèbres Principes Unidroit (voir par exemple, Fauvarque-Causson B., Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, RIDC 1998, p. 463 ; Kessedjian C., Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit, Rev. crit. DIP 1995, p. 641 ; Mazeaud D., À propos du droit virtuel des contrats

: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission *Lando*, in Mél. Cabrillac M., précité, p. 205) ou les Principes du droit européen du contrat (voir notamment sous la direction de Prieto C., Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, dont une excellente introduction : Une culture contractuelle commune en Europe, par Prieto C., p. 18 ; Regards croisés avec le droit français, Dr. & patr. 2003, n° 114, p. 39).

L'utilité contractuelle intègre ainsi pleinement une considération économique et, de ce fait, est très certainement un meilleur moteur en ce domaine que la solidarité, même si les deux ne sont toutefois pas incompatibles. C'est ce que nous paraît enseigner le regain pour la loyauté contractuelle au sein de ces nouvelles sources. Tel est également le sens de l'intervention protectrice du droit de la concurrence (voir *supra*). Ce droit n'a pas pour objet de protéger tel ou tel intervenant, il vise plus largement à s'assurer que chacun puisse pénétrer sur un marché puis s'y comporter librement sans trop subir l'influence parfois dominatrice de ses contractants ; dès lors le droit de la concurrence peut produire des effets protecteurs. C'est cette même utilité qui a prédestiné l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992 à la célébrité qui fut incontestablement la sienne (Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90.18-547, Bull. civ. IV, n° 338, RTD civ. 1993, p. 124, obs. Mestre J., JCP éd. G 1993, II, n° 22164, note Virassamy G., Contrats, conc, consom. 1993, n° 45, obs. Leveneur L., Defrénois 1993, art. 35663, n° 131, note Aubert J.-L., D. 1995, som., p. 85, obs. Ferrier D.). Sans revenir sur les faits, bien connus, la Cour de cassation avait considéré « *qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* » (dans le même sens, mais à propos d'un mandataire, voir Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Chevassus-Marche*, Bull. civ. IV, n° 277, Contrats, conc, consom. 1999, n° 56, obs. Malaurie-Vignal M., RTD civ. 1999, p. 98, obs. Mestre J., p. 646, obs. Gauthier P.-Y., Defrénois 1999, n° 371, note Mazeaud D., JCP éd. E 1999, I, n° 143, obs. Jamin C.). Exécuter loyalement le contrat, c'est donc l'exécuter utilement (voir Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, LGDJ, 1989, n° 11). En condamnant le fournisseur à réparer le préjudice subi, les juges rappellent à ce dernier son obligation de permettre à son contractant distributeur de réaliser l'effet recherché par le contrat, la revente des produits auprès de la clientèle. L'enseignement de cet arrêt est simple : le contrat doit produire ses effets. Revendre efficacement pour un professionnel, signifie revendre à des prix concurrentiels.

Texte de l'arrêt« Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que par contrat de concession à durée indéterminée du 1^{er} décembre 1986, la société R a confié à M. Ma la commercialisation des véhicules de sa marque dans un territoire exclusif ; que par lettre datée du 24 mai 1995, la société R a résilié le contrat moyennant un préavis de 12 mois ; que se prévalant de ce que la société R avait fautivement fait échouer la cession de son fonds de commerce, et avait, ultérieurement, fautivement résilié le contrat, M. Ma a assigné cette société en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour décider que la société R avait manqué à la loyauté contractuelle et agi avec mauvaise foi en refusant l'agrément d'un candidat à l'achat du fonds de commerce de M. Ma et à la reprise du contrat de concession, l'arrêt retient par motifs adoptés que l'absence d'agrément n'a pas été motivée par la personne du candidat, M. Mi, puisque la société R a même incité celui-ci à s'intéresser à une autre affaire malgré l'existence du compromis de vente, et par motifs propres, que la société R laquelle ne pouvait interférer comme elle l'a fait en l'espèce dans les négociations entre M. Ma et M. Mi, a illégitimement fait obstacle à la vente projetée qui n'a pu aboutir en raison du refus d'agrément lequel a été détourné de sa finalité ;

Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour décider que la société R avait manqué de loyauté en résiliant le contrat de concession et résilié abusivement celui-ci, l'arrêt retient que le 31 mai 1995, veille de l'envoi de la lettre de résiliation, les conseillers de la société R ont abordé avec M. Ma un sujet de réflexion sur la stratégie commerciale et l'organisation de la concession et convenu avec lui que pour une prochaine réunion devant se tenir le 4 juillet 1995, le concessionnaire devait réfléchir à un plan d'action à court terme lui laissant ainsi croire que le contrat allait se poursuivre, et, que la société R a envoyé la lettre de résiliation à une date où elle connaissait l'abandon du projet de reprise de la concession et que cette résiliation est une mesure de rétorsion dès lors qu'il est établi qu'elle avait informé le candidat à la reprise de la possibilité d'enlever le panneau de la marque à M. Ma si le prix de cession du fonds n'était pas très largement diminué ;

Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, alors que le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment, indépendamment de l'échec de la reprise de la concession, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le concédant avait fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 2 mai 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ».

Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338, P+B

Cette conception économique de la bonne foi résolument tournée vers l'utilité contractuelle, qui peut également porter protection – l'arrêt *Huard* en est une illustration –, ne nous semble pas, alors, être au cœur du cyclone jurisprudentiel qui s'abat sur la loyauté contractuelle de protection, de solidarité. La bonne foi a donc très certainement encore un bel avenir mais à condition de rester fidèle à son passé.

Clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence : une certaine filiation ou une filiation certaine ?

Jean-Louis Respaud

Site internet *Lexbase*, décembre 2010

La société Prodim avait conclu en 1994 un contrat de franchise d'une durée de sept ans avec un couple de commerçants pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne "Shopi" ; ce contrat comportait une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an à compter de sa résiliation, une enseigne de renommée nationale ou régionale, déposée ou non, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin. Avant l'arrivée du terme contractuel, les franchisés procédèrent à la rupture unilatérale du contrat. Le contrat comportant une clause compromissoire, par une sentence du 17 juillet 2002, le tribunal arbitral avait déclaré cette rupture abusive et condamné les franchisés à payer diverses sommes au franchiseur. Après diverses péripéties processuelles, le litige est soumis à la Cour de cassation avec pour question la distinction entre la clause de non-concurrence et la clause de non-réaffiliation. « *Attendu que la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* » ; par ces quelques mots formant un attendu de principe rendu sous le visa de l'article 1134 C. civ., la chambre commerciale de la Cour de cassation définit et distingue les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation à l'occasion d'un arrêt rendu le 28 septembre 2010 (106).

Les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation n'intéressent pas seulement la haute juridiction ; l'Autorité de la concurrence a également rendu le 7 décembre un avis relatif aux contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire rappelant notamment la grande ressemblance entre les clauses en question (107).

La clarté de la distinction apportée par la Cour de cassation à propos de la qualification de la clause de non-réaffiliation pourrait éblouir (I), si ne planaient encore quelques ombres sur le régime de ladite clause (II), ombres particulièrement mises en lumière par l'avis rendu le 7 décembre par l'Autorité de la concurrence.

I. – La qualification de clause de non-réaffiliation

Si l'arrêt rendu le 28 septembre 2010 par la chambre commerciale distingue clairement la clause de non-concurrence et la clause de non-réaffiliation par leur objet respectif (A), lesdites clauses sont parfois moins faciles à différencier selon leurs effets comme le souligne l'Autorité de la concurrence (B).

¹⁰⁶ - Cass. com., 28 septembre 2010, n° de pourvoi : 09-13.888 ; N. Dissaux, La spécificité de la clause de non-réaffiliation, JCP E & A 2010, 1943 ; JCP E & A 2010, 1348, obs. E. Friedel et G. Toulouse ; CCC 2010, n° 92, obs. M. Malaurie-Vignal ;

¹⁰⁷ - Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; avis en ligne sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

A. – L'évidente distinction quant à l'objet

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 relatif aux accords verticaux définit l'obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause* » (108).

Comme l'a justement souligné un auteur : « *La clause de non-réaffiliation a par sa fonction même un objet beaucoup moins large que la clause de non-concurrence ; elle ne fait qu'interdire une modalité d'exercice de la concurrence : l'activité en réseau* » (109). En effet, alors que la clause de non-concurrence interdit à son débiteur d'exercer une activité concurrente, la clause de non-réaffiliation, parfois dénommée clause de non-affiliation, interdit à l'ancien membre d'un réseau de distribution d'intégrer un réseau concurrent, lui faisant ainsi interdiction d'exercer son activité sous une forme organisée et concurrente. Tel est très précisément le rappel opéré par l'arrêt commenté : « *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* ». Ce type de clause aurait été créé par la pratique dans le but de contourner les rigidités propres à la clause de non-concurrence, en droit des contrats (110) comme en droit de la concurrence (111). Certainement en raison de la différence de leur objet respectif, soulignons que ces clauses ne sont nullement exclusives l'une de l'autre et qu'ainsi elles sont parfois stipulées ensemble dans certains contrats (112).

Malgré leur objet respectif, certaines décisions ont parfois eu tendance à assimiler la clause de non-affiliation à la clause de non-concurrence (113). Afin de procéder à cette assimilation, les juges requalifiaient la clause de non-affiliation en clause de non-concurrence. C'est précisément cette démarche, suivie la cour d'appel, que l'arrêt du 28 septembre 2010 censure. La Cour de cassation rappelle, au visa de l'article 1134 du code civil, qu'il existe deux types de clause qu'il convient de distinguer par respect de la volonté des contractants.

B. – La délicate différenciation quant aux effets

L'assimilation opérée par certaines décisions de ces deux types de clauses – la confusion au sens de la Cour de cassation – semble dictée par la similarité parfois de leurs effets. Les ressemblances entre les deux

108 - JOUE L 102/1.

109 - M. Depincé, La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives, RTD Com. 2009 p. 259 ; du même auteur, La clause de non-réaffiliation, Dr. & Patr. Janvier 2007, p. 51.

110 - J. Raynard, La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution, Cah. dr. entr. 2005, n° 3, p. 33.

111 - D. Mainguy, M. Depincé et J.-L. Respaud, Droit de la concurrence, Litec 2010, n° 210.

112 - Validant dans un même contrat une clause de non-réaffiliation et annulant une clause de non-concurrence, V. Douai, 15 oct. 2001, RJDA 7/2002, n° 757 ; D. 2002. Somm. 3005, obs. D. Ferrier.

113 - Cass. com. 10 janv. 2008, CCC 2008, n° 71, obs. M. Malaurie-Vignal ; Lettre distrib. févr. 2008, p. 2 ; Rennes, 23 mars 2004, JCP E 2005, n° 11, p. 474, obs. J. Raynard ; Lettre distrib. nov. 2004, p. 3 ; Caen, 29 sept. 2005, JCP E 2006, n° 27-28, p. 1216, obs. J. Raynard ; CCC 2006, n° 132, obs. M. Malaurie-Vignal ; Paris, 25 févr. 2010, CCC 2010, n° 209, obs. M. M.-V. ; RDLC 2010, n° 3, p. 104, obs. N. Eréséo.

formules contractuelles sont plus importantes que leurs différences (114), dans la mesure où elles affectent la capacité d'exercer une activité, notamment lorsque, en pratique, l'activité objet de l'engagement de non-affiliation ne peut s'effectuer de manière optimale que dans un réseau (115).

La clause de non-concurrence interdit d'exercer une activité concurrente ; la clause de non-réaffiliation peut interdire d'exercer cette activité de manière concurrente. Leurs effets peuvent donc être semblables. Telle était la position adoptée par l'arrêt d'appel censuré.

Position partagée par l'Autorité de la concurrence à l'occasion de son avis du 7 décembre 2010 : « *En effet, dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de non-concurrence. Tel pourrait également être le cas si un magasin non-affilié n'était pas en mesure d'exercer une réelle pression concurrentielle sur les magasins affiliés* » (116).

Selon l'Autorité de la concurrence, la distinction entre clause de non-réaffiliation et clause de non-concurrence apparaît particulièrement fragile dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire (117). Le constat est particulièrement motivé. L'autorité souligne que de plus en plus de commerces d'alimentation générale, y compris sur le marché des commerces alimentaires de proximité, s'affilient à une enseigne afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractives. En effet, 97,8 % des supermarchés de proximité de plus de 400 m² sont ainsi liés à des grandes enseignes de distribution. L'avis précise également que « *le rôle des groupes de distribution sur les formats de plus petite taille irait également croissant, puisque 34 % des magasins de proximité d'une surface comprise entre 120 et 400 m², soit 43,5 % de la surface commerciale totale des magasins de cette superficie, seraient déjà affiliés à une enseigne* » (118). Un théorème commercial peut presque en être tiré : « *plus un magasin est grand, plus l'affiliation à un réseau d'enseigne peut être nécessaire à son exploitation* ». De ces constatations, l'Autorité conclut : « *Il apparaît donc que dans le secteur de la distribution alimentaire, le fait d'être affilié à un groupe de distribution constitue pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité ou, à tout le moins, une condition nécessaire à l'exercice d'une pression concurrentielle sur les magasins affiliés. Dès lors, dans ce secteur d'activité, les clauses de non-réaffiliation pourraient valablement être assimilées à des clauses de non-concurrence* » (119).

Ainsi, si la Cour de cassation distingue clairement, radicalement pourrait-on dire, la clause de non-concurrence et la clause de non-réaffiliation, cette distinction ne paraît pas s'imposer avec la même évidence à l'Autorité de la concurrence.

114 - V. cependant, un temps : CA Paris, 18 décembre 1998, D. Aff. 1999, p. 420, note E. Putman, Cah. dr. entr. 1999/2, Chron. Droit de la distribution, n° 6, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud.

115 - D. Mainguy, M. Depincé et J.-L. Respaud, Droit de la concurrence, Litec 2010, n° 210.

116 - Avis préc., n° 149.

117 - Avis préc., n° 150.

118 - Op. cit., loc. cit.

119 - Avis préc., n° 151.

II. – Le régime de la clause de non-affiliation

La qualification, au-delà de l'attrait intellectuel pour l'exercice, n'a réellement d'intérêt que si elle indique le régime applicable à l'espèce. De même distinguer n'importe que si des régimes différents sont éligibles. Lorsque la clause de non-réaffiliation s'apparente trop grandement dans ses effets à la clause de non-concurrence, il semble naturel qu'elle emprunte à cette dernière son régime. Mais qu'en est-il lorsqu'elle en est distinguable ? Au-delà des ressemblances et dissemblances entre ces clauses, le régime de l'une est-il vraiment transposable à l'autre ? Répondre à ces questions nécessite de rappeler le régime de la clause de non-concurrence (A) puis de partir à la recherche de celui de la clause de non-réaffiliation (B).

A. – Le rappel du régime de la clause de non-concurrence

Les conditions de validité de l'engagement de non-concurrence post-contractuelle ont très sensiblement évolué au fil du temps. Comme le constatait Serra, « *pendant très longtemps la clause de non-concurrence était validée par les tribunaux sous la seule condition que l'interdiction de concurrence qui en résultait n'était pas générale et absolue, mais relative, c'est-à-dire limitée quant à l'activité prohibée, ainsi qu'au temps et au lieu* » (Yves Serra, *Article 1131 du code civil, droit de la concurrence, même combat !* : Dalloz 2000, p. 312).

Le même auteur soulignait ensuite qu'à cette condition de limitation des effets nocifs de la clause avait été adjointe une nouvelle condition : la nécessaire existence d'un intérêt légitime à protéger susceptible de justifier pareille entorse au principe de liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit tout simplement de l'exigence de la cause posée par l'article 1108 du Code civil et précisée par son article 1131 (Yves Serra, *Article 1131 du code civil, droit de la concurrence, même combat !* : Recueil Dalloz 2000 p. 312) qui dispose : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Pour illustration, le droit positif retient pour intérêt légitime la protection des droits de propriété intellectuelle pour justifier l'existence d'une clause de non-concurrence à l'extinction d'un contrat de franchise. Ainsi l'article 5-3 du nouveau règlement communautaire relatif aux accords verticaux exempte une clause de non-concurrence post-contractuelle à la double condition qu'elle soit limitée aux seuls locaux contractuels pendant une durée de un an et que cet engagement soit « *indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur* » (120).

Enfin, l'addition de ces deux conditions, l'une relative à la légitimité de la restriction conventionnelle, l'autre à la limitation de ses effets, nécessite désormais de se livrer à un contrôle de la proportionnalité de la clause. Cette condition, formulée pour la première fois par la Chambre commerciale en 1994 (121) avant d'être mise en œuvre en 1999 par la première Chambre civile (122), signifie que l'atteinte portée à la liberté de concurrence du débiteur doit être proportionnée à la protection des intérêts légitimes du créancier. Ce contrôle n'est donc pas, à mon sens, une nouvelle condition dite de proportionnalité mais plus simplement la mise en perspective des deux conditions préexistantes ; la clause sera proportionnelle

120 - Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, préc.

121 - Cass. com., 4 janv. 1994 : RTD civ. 1994, p. 349, n° 5, obs. J. Mestre ; D. 1995, Jur. p. 205, note Y. Serra ; V. égal., 16 déc. 1997, D. 1998, Somm. p. 213, obs. Y. Serra ; Contrats-Conc.-Consom. 1998, Comm. n° 39, obs. L. Leveneur.

122 - Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1999 : D. 1999, Somm. p. 385, obs. J. Penneau ; D. 2000, Somm. p. 312, obs. Y. Serra ; Defrénois 1999, art. 37041, n° 71, obs. D. Mazeaud ; Dr. et patrimoine 2001, n° 91, p. 33, chron. Y. Auguet.

dès lors que sa limitation correspondra strictement à la protection de l'intérêt qui la rend légitime. L'idée est, en effet, que la clause de non-concurrence n'est valable que si elle porte une atteinte à la liberté du débiteur qui demeure proportionnée aux intérêts nécessaires du créancier (123).

B. – La recherche du régime de la clause de non-affiliation

Lorsque la clause de non-réaffiliation constitue en réalité une clause de non-concurrence, il peut paraître juste et parfait que le régime de cette dernière soit également le sien. S'agissant de clause qui entretiennent une parenté certaine, il n'est pas non plus farfelu de penser à appliquer le régime de l'engagement de non-concurrence à celui de non-réaffiliation dans les autres hypothèses. Cet emprunt de régime est non seulement possible (1°), il est également souhaitable (2°).

1°) Un emprunt de régime possible

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

Cet emprunt de régime est fondé. Il est légitime d'exiger et de vérifier que la clause de non-réaffiliation, à l'instar de l'engagement de non-concurrence, soit dictée par la nécessaire protection d'un intérêt légitime (124). Seul un intérêt légitime du créancier peut en effet justifier et autoriser une atteinte à un droit que la Constitution considère comme fondamental (125). En effet, comme précédemment souligné : la clause de non-concurrence interdit d'exercer une activité concurrente et la clause de non-réaffiliation bien qu'autorisant cet exercice peut interdire d'exercer l'activité en question de manière concurrente. Une telle clause porte donc également atteinte aux libertés économiques ; avec la même vigueur lorsque selon le secteur d'activités concerné elle produit des effets identiques, avec une rigueur certes moindre dans les autres hypothèses. Pour les mêmes motifs, il est raisonnable de vérifier que la clause de non-réaffiliation est limitée dans ses effets et donc proportionnée (126).

¹²³ - Cass. com., 4 janv. 1994, n° 92-14.121, Bull. civ. IV, n° 4, RTD civ. 1994, p. 249, obs. Mestre, BRDA 1994, n° 3, p. 14, D. 1995, jur., p. 205, note Serra ; Cass. com., 16 déc. 1997, n° 96-10.859, Bull. Joly 1998, p. 351, note Granier.

¹²⁴ - M. Depincé, La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives, RTD Com. 2009 p. 259.

¹²⁵ - D. Mainguy, M. Depincé et J.-L. Respaud, Droit de la concurrence, Litec 2010, n° 203.

¹²⁶ - M. Depincé, préc.

2°) Un emprunt de régime souhaitable

Si elle est fondamentalement possible, justifiée et même souhaitable, l'application du régime de la clause de non-concurrence à l'engagement de non-réaffiliation peut devenir délicate. Bien entendu ce ne sont pas les conditions de limitations qui posent difficultés. L'objet de la clause de non-réaffiliation étant différent, l'arrêt du 28 septembre 2010 le souligne, ses limites pourront être appréciées avec moins de rigueur.

La nécessaire protection d'un intérêt légitime peut en revanche être une condition, à mon sens, plus délicate à satisfaire. Cela paraîtra fort curieux au lecteur attentif. Pourquoi cet intérêt légitime serait-il plus difficile à découvrir s'agissant de la non-réaffiliation que pour la non-concurrence ? La réponse à cette question réside dans l'objectif réellement poursuivi par la clause de non-réaffiliation. La mise en parallèle de l'arrêt rendu le 28 septembre 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation avec l'avis tout récent, 7 décembre 2010, de l'Autorité de la concurrence revêt toute son importance.

L'Autorité de la concurrence s'intéresse dans cet avis aux similitudes entre ces deux clauses à propos de développements relatifs aux « *dispositifs contractuels constitutifs de freins à la mobilité des magasins indépendants* » (127).

Alors que généralement, il est affirmé que le but poursuivi par la clause de non-réaffiliation est identique à celui de la clause de non-concurrence, à savoir la protection du savoir-faire communiqué par le franchiseur au franchisé (128), il semble qu'un autre intérêt vienne se substituer ou s'ajouter à celui-ci. Cet autre intérêt, moins avouable, est mis en lumière par l'avis de l'Autorité de la concurrence. Il s'agit moins de protéger un savoir-faire en évitant qu'un réseau concurrent n'en bénéficie – il développe généralement le même ou presque – que d'éviter qu'une surface commerciale importante et bien située ne « passe à l'ennemi » à l'occasion de la rupture ou du non-renouvellement d'un contrat. La saturation de certaines agglomérations et les règles d'urbanisme, et en particulier d'urbanisme commercial (129), rendent tellement difficile la création de surfaces commerciales nouvelles que le seul moyen ou presque pour une enseigne de la grande distribution de développer son réseau, de s'implanter, est d'enlever des affiliés à ses concurrents. Dès lors, face à ces possibles assauts, ceux-ci se protègent ; tel est l'objet de cette clause de non-réaffiliation mais tel est aussi fort souvent celui de la clause de non-concurrence. En effet, s'il s'agissait de défendre un savoir-faire, il suffirait d'en interdire l'utilisation après le contrat, point besoin d'armes lourdes telles la non-concurrence et la non-affiliation. Mais pareille interdiction pour être suffisante doit reposer sur un savoir-faire véritable et original, ce qui n'est pas toujours le cas.

L'intérêt à protéger n'est donc plus aussi « noble » que la non-divulgaration du savoir-faire ; il constitue clairement un obstacle à la mobilité des affiliés et franchisés d'un réseau à l'autre et limite donc la

¹²⁷ - Avis préc., n° 117 et s.

¹²⁸ - Notam., J. Raynard, La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution, Cah. dr. entr. 2005, n° 3, p. 33 ; Mainguy, M. Depincé et J.-L. Respaud, Droit de la concurrence, Litec 2010, n° 210.

¹²⁹ - V. art. L.550 et s. C. com.

concurrence. L'Autorité de la concurrence ne s'y trompe pas puisqu'elle préconise dans son avis un encadrement de ces dispositifs post-contractuels. Son souhait est le suivant : « *limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes dans les contrats d'affiliation, à venir ou en cours d'exécution, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause* » (130).

Les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation sont semblables, toutes deux emportent non-concurrence ; je qualifie la première de *clause de non-concurrence absolue ou totale*, bien que limitée quant à l'objet, le temps et l'espace, et la seconde de *clause de non-concurrence relative ou restreinte* car si elle n'interdit pas l'activité, elle la rend inefficace car non-concurrentielle.

Le message est donc clair et il mérite, à mon sens, d'être défendu : la clause de non-réaffiliation doit calquer son régime sur celui de sa sœur, la clause de non-concurrence. Cela connaît toutefois une condition, un prix : admettre que l'intérêt légitime protégé n'est pas toujours celui que l'on prétend.

Cass. com., 28 septembre 2010, n° de pourvoi : 09-13888, Publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 23 octobre 2007, pourvois n° 06-10.180 et 06-10.179), que, le 8 mars 1994, la société Prodim (le franchiseur) a conclu avec les époux X... (les franchisés) un contrat de franchise d'une durée de sept ans, pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne "Shopi" ; que ce contrat comportait une clause compromissoire, ainsi qu'une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an à compter de sa résiliation, une enseigne de renommée nationale ou régionale, déposée ou non, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin ; qu'avant l'arrivée du terme, les franchisés ont procédé à la rupture unilatérale du contrat ; que, par une sentence du 17 juillet 2002, le tribunal arbitral a déclaré cette rupture abusive et condamné les franchisés à payer diverses sommes au franchiseur ; que, par un arrêt irrévocable du 26 février 2004, la cour d'appel a partiellement annulé cette sentence, ordonné la réouverture des débats sur les points annulés, invité les parties à conclure sur ces points, renvoyé l'affaire à la mise en état et ordonné pour le surplus l'exequatur de cette décision ; que, par un arrêt du 19 mai 2005, la cour d'appel a annulé l'ordonnance de clôture du conseiller de la mise en état en date du 24 janvier 2005 et rouvert les débats sur les points annulés ; que cet arrêt a été cassé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le franchiseur fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté l'ensemble de ses demandes, alors, selon le moyen, que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune des prétentions est fondée ; que les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment invoqués ou présentés dans leurs conclusions antérieures ; qu'à défaut, elles sont réputées les avoir abandonnées et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées ; qu'à défaut de conclusions de la part d'une partie, la cour n'est pas saisie d'un moyen de sa part, sans que cette situation, due au seul fait de la partie négligente, puisse être regardée comme un manquement à un procès équitable ; qu'en l'espèce, l'arrêt du 19 mai 2005 (le deuxième arrêt) a partiellement annulé la sentence arbitrale rendue le 10 juin 2002 entre les parties et, sur trois points annulés, a rouvert les débats et invité les parties à conclure ; que les

¹³⁰ - Avis préc., n° 228.

franchisés n'ont pas conclu avant l'ordonnance de clôture du 24 janvier 2005 ; que la cour n'était donc saisie d'aucune conclusion de leur part de ce chef ; qu'en décidant pourtant de se prononcer au regard des conclusions déposées par les franchisés le 23 novembre 2003, c'est-à-dire avant la réouverture des débats, et avant même que l'arrêt infirmatif du 19 mai 2005 fût seulement rendu, la cour a violé l'article 954 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'absence de conclusions d'une partie en réponse à l'invitation du juge à s'expliquer sur certains points étant sans incidence sur la portée de celles régulièrement déposées avant la réouverture des débats, dont celui-ci demeure saisi, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir constaté l'irrecevabilité des conclusions qui avaient été déposées par les franchisés postérieurement à l'ordonnance de clôture du 24 janvier 2005, laquelle avait repris ses effets en raison de la cassation de l'arrêt du 19 mai 2005, a décidé de statuer au vu de leurs dernières conclusions déposées avant la réouverture des débats ; que le moyen n'est pas fondé ;

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

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau ;

Attendu que, pour rejeter la demande du franchiseur concernant la violation par les franchisés de la clause de non-réaffiliation, l'arrêt retient que cette clause, figurant à l'article 6, alinéa 6, du contrat de franchise, doit s'analyser comme une clause de non-concurrence, en ce qu'elle restreint la possibilité de l'ancien franchisé de poursuivre son activité dans les mêmes conditions avec une enseigne concurrente ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de la société Prodim en indemnisation de son préjudice résultant de la violation de la clause de non-réaffiliation, l'arrêt rendu le 15 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

4. - Rupture d'un contrat de distribution : modification des conditions contractuelles pendant le préavis. - Par un arrêt en date du 10 février 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait considéré que « [...] sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures » (Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414 : JurisData n° 2015-002352 ; JCP E 2015, 1128 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 89, N. Mathey ; JCP E 2013, 1079, n° 5, obs. J.-L. Respaud). Rappelons que le fournisseur avait mis fin à l'exclusivité territoriale dont bénéficiait le distributeur pendant la période de préavis. La question posée était la suivante : le respect de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoyant un préavis suffisant pour la rupture d'une relation commerciale établie suppose-t-il le maintien de ladite relation aux conditions antérieures ? La réponse était donc positive : le respect du préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures. La Cour avait toutefois énoncé une réserve, « sauf circonstances particulières » (Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414, préc.). Que fallait-il entendre ? Une faute du distributeur ou encore des circonstances économiques graves (en ce sens, N. Mathey, L'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures : Contrats, conc. consom. 2015, comm. 89, préc.). Mais ces circonstances particulières peuvent-elles résulter des dispositions contractuelles ? Autrement dit, le contrat peut-il prévoir que durant le préavis il pourra être substantiellement modifié (CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 9 nov. 2016, n° 15/10249. - V. dans le même sens, CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2016, n° 13/11338 : JurisData n° 2016-000520 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 97, N. Mathey ; JCP E 2013, 1079, n° 5, obs. J.-L. Respaud) ? Par deux arrêts, la cour d'appel de Paris avait répondu affirmativement à cette question (CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 9 nov. 2016, n° 15/10249. - V. dans le même sens, CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2016, n° 13/11338 : JurisData n° 2016-000520 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 97, N. Mathey ; JCP E 2013, 1079, n° 5, obs. J.-L. Respaud). Il pouvait sembler que pareille approbation n'était pas conforme à l'utilité escomptée du préavis requis par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. En effet, selon la formule consacrée, le préavis doit être « propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion » (Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093 : JurisData n° 2002-014206 ; Bull. civ. IV, n° 81 ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 134. - V. à propos de cet arrêt, J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : CDE 2002/5, p. 19. - Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 : JurisData n° 2004-025096 ; Bull. civ. IV, n° 181 ; JCP E 2014, 1063. - V. à propos de cet arrêt, D. Mainguy et J.-L. Respaud, Refus d'agrément et circonstance de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ? : RDLC janv. 2005, n° 478. - Cass. com., 31 janv. 2006, n° 03-13.739 : JurisData n° 2006-032101. - Rapp. Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952 : Bull. civ. IV, n° 148 ; JurisData n° 2013-021970 ; JCP E 2014, comm. 1063, D. Mainguy et J.-L. Respaud). Dès lors, il est indispensable que l'économie du contrat ne soit pas bouleversée lors du préavis, à défaut ce préavis serait « vidé de sa substance » (J.-C. Grall et G. Mallen : RLC 2015, n° 2855). Pourtant, par un arrêt en date du 11 mai 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la seconde de ces décisions consacrant ainsi sa position : « qu'ayant constaté que la société AGCO avait exprimé, lors de la notification de la rupture, sa volonté de faire application de l'article 10, alinéa 2, du contrat, afin de permettre aux parties de réorganiser leurs affaires avant la rupture, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette disposition permet, d'un côté, au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs et, de l'autre, au concessionnaire, de rompre le

plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné, afin de faciliter sa reconversion commerciale et, par motifs propres, que cette clause, qui prévoit un abandon réciproque et concomitant, par les parties, de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce » (Cass. com., 11 mai 2017, n° 16-13.464 : JurisData n° 2017-008860 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 149, obs. N. Mathey). Les « circonstances particulières » peuvent donc résulter des dispositions contractuelles, y compris lorsqu'elles viennent bouleverser l'économie du contrat comme cela est le cas avec la levée de l'exclusivité territoriale d'un contrat de concession (C. Champaud, La concession commerciale : RTD com. 1963, p. 454). Certes, la Cour de cassation avait déjà admis que les parties peuvent « convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale » (Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21.363 : Bull. civ. IV, n° 186 ; JurisData n° 2014-031322) mais elle avait pris la précaution de rappeler au préalable que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation ». Cette question de la modification du contrat durant la période de préavis est également celle posée par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, quelques jours auparavant, soit le 29 mars 2017 (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-23.579 , SIGF et a. c/ Sté Automobiles Citroën : JurisData n° 2017-005712 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 152, obs. N. Mathey). Un concessionnaire automobile reprochait à son concédant d'avoir assorti sa lettre de résiliation d'une offre de nouveau contrat sous réserve que soient réalisés des objectifs qui apparurent vite inatteignables. La société concessionnaire arguait alors, habilement, qu'en conditionnant la conclusion d'un nouveau contrat à des objectifs de vente très élevés, le concédant lui avait en réalité imposé plus d'obligations dans le cadre du préavis qu'avant la résiliation, de sorte qu'elle n'avait pu bénéficier d'un réel préavis. L'arrêt d'appel est cassé au visa de l'article 455 du Code de procédure civile (CPC) pour ne pas avoir répondu à cet argument pourtant important. Il est délicat de tirer enseignement d'une cassation disciplinaire (Contrats, conc. consom. 2017, comm. 152, N. Mathey), il convient donc d'attendre pour savoir si imposer plus d'obligations au distributeur évincé durant le préavis contrevient à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce alors qu'amoindrir ses droits pendant la même période est déjà possible. À suivre donc.

Jean-Louis Respaud

QUATRIEME PARTIE. – LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

I. – Les contrats de distribution sans achat pour revendre

Il s'agit des formes de distribution organisées autour de l'opération de mandat ou de commission, ou encore de courtage.

Le contrat de mandat est défini par l'article 1984 du Code civil, alinéa premier : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Le mandataire agit pour le compte et en le nom du mandant. La représentation est dite parfaite. L'on parle de la transparence du mandataire. L'agent commercial est par exemple un mandataire.

(Voir notam. : Philippe Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec 1988 ; Julien Roque, *Les obligations du mandant*, thèse Avignon 2007).

Le contrat de commission est le contrat par lequel le commissionnaire agit en son propre nom mais pour le compte du commettant. La représentation est dite imparfaite. L'on parle de l'opacité du commettant. Une formule dérivée, le contrat de commission-affiliation est utilisé notamment pour la distribution en réseau de prêt à porter.

(Voir notam. : Marie-Pierre Dumont-Lefrand, *L'opération de commission*, Litec 2000).

L'opération de courtage met en scène un courtier qui ne représente personne mais se contente de mettre en relation de possibles futurs contractants. Cette très ancienne formule est notamment utilisée par les centrales de référencement de la grande distribution.

(Voir notam. : Philippe D
evés, *L'opération de courtage - Un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*, Litec 1993).

- Extraits Chronique de droit de la distribution ;
- Daniel Mainguy et Jean-Louis Respaud, *L'agent commercial, simple mandataire, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant*, Commentaire sur Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772 ;
- Jean-Louis Respaud, *Le clair-obscur contrat de commission-affiliation*, Revue en ligne Lexbase, octobre 2010.

CHRONIQUE DE DROIT DE LA DISTRIBUTION rédigée par Daniel Mainguy professeur à la faculté de droit de Montpellier - avocat

et Jean-Louis Respaud maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier et Stéphane Destours maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier – avocat

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 11 Avril 2013, 1200

7. - Régime de l'agence commerciale : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation d'un contrat d'agence commerciale. -Un agent commercial peut-il invoquer les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale d'une relation commerciale établie ? Telle est la question à laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à répondre à l'occasion de cet arrêt du 3 avril 2012 (*Cass. com., 3 avr. 2012*, n° 11-13.527, FS-P+B, SA *Éts Gabriel Boudier c/ SAS Baron Philippe de Rothschild France distribution* ; *Bull. civ. 2012, IV, n° 71* ; *Contrats, conc. consom. 2012, comm. 149, note N. Mathey* ; *Lettre distr. mai 2012, p. 1, note MDC*). Rappelons que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce exige le respect d'un préavis suffisant à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établie et que l'article L. 134-11 du même code précise la durée de préavis devant être respectée pour mettre fin à un contrat d'agence commerciale. Les juges d'appel avaient favorablement accueilli la demande de l'agent commercial d'une indemnité de préavis en retenant que la durée de deux mois de préavis accordée par le mandant, lors de la rupture du contrat d'agent commercial, était insuffisante et qu'elle devait être fixée à quatre mois (*CA Dijon, 14 déc. 2010*). Au contraire, selon la Cour de cassation, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce « ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant pour lesquelles la durée de préavis qui doit être respectée est fixée par l'article L. 134-11 du Code de commerce en fonction du nombre d'années d'exécution du contrat ». L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce doit donc s'effacer lorsque l'article L.134-11 du même code a vocation à s'appliquer. En cela, la Cour a le mérite de la constance. En effet, elle avait déjà eu l'occasion de rendre une décision en le même sens (*V. Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-17.952 : Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° 67, p. 69, obs. Ph. Grignon*) ainsi qu'une autre très comparable relative à un contrat de transport, contrat qui connaît également un régime spécial (*Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.240 : Contrats, conc. consom. 2012, comm. 259, note N. Mathey ; D. 2011, p. 2465, obs. X. Delpech*). La décision, comme celles précitées, semble dictée par l'adage « *specialia generalibus derogant* » puisque, selon la Cour, l'article L. 134-11 du Code de commerce écarte l'article L. 442-6, I, 5° du même code. Mes observations seront en trois temps. - 1er temps : *a priori*, la solution ne suscite pas la désapprobation puisqu'en effet l'article L. 134-11 du Code de commerce, en ce qu'il est propre aux seuls agents commerciaux, édicte une règle spéciale par rapport à l'article L. 442-6, I, 5° du même code, qui ayant vocation à s'appliquer à la rupture brutale « *d'une relation commerciale établie* » par « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », se voit nécessairement alors attribuer la qualité de règle plus générale. Dès lors, le conflit pouvant exister entre ces normes est rapidement et facilement tranché. - 2e temps : s'il est évident que l'application de la règle générale doit s'effacer devant celle d'une règle spéciale, encore faut-il que les dispositions en question entrent en concurrence pour que cette règle de résolution d'un conflit de normes ait vocation à s'appliquer. Il est vrai que les articles L. 134-11 et L. 442-6, I, 5° du Code de commerce sont tous deux relatifs au préavis ; mais sont-ils pour autant concurrents ? D'une part, l'article L. 134-11 du Code de commerce est issu de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants transposant la directive du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. Il s'agit d'un texte de droit des contrats conférant un statut protecteur à telle catégorie d'intermédiaire du commerce. D'autre part, l'article

L. 442-6, I, 5° du Code de commerce est incontestablement une règle de droit de la concurrence ; certes relative au « petit droit de la concurrence », c'est-à-dire aux pratiques restrictives de concurrence. Cette disposition, à l'instar de l'article L. 134-11 du Code de commerce, offre une protection à la victime d'une rupture sans préavis suffisant. Mais alors que l'objectif de l'article L. 134-11 du Code de commerce se limite à cela s'agissant de l'agent commercial, celui de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce va bien au-delà. En effet, par le biais de la protection offerte à des intervenants sur un marché, c'est également le marché en question que le législateur protège. Le préavis suffisant de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce vise à permettre au partenaire évincé de se reconvertir et ainsi de demeurer sur le marché après la rupture et donc de moins craindre cette possible rupture durant la relation commerciale limitant ainsi sa possible dépendance économique (*J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 19*). À mon sens, ces deux textes poursuivent deux finalités, au moins en partie, différentes. Il me paraît donc délicat et peut-être trop simple de les considérer en conflit pour pouvoir ensuite, si facilement, faire primer l'un sur l'autre afin de résoudre leur prétendu conflit. - 3e temps : mais si ces deux textes poursuivent deux finalités, sont-ils pour autant dotés de deux utilités distinctes qui justifieraient leur articulation même difficile ou leur cohabitation certes délicate ? La réponse me semble être négative. En effet, quelle utilité supplémentaire offrirait l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à l'occasion de la rupture d'une relation d'agence commerciale ? La fonction du préavis suffisant ou raisonnable prescrit par cet article est, comme cela a été rappelé, de permettre au distributeur évincé de se reconvertir et donc de ne pas disparaître du marché et ainsi de ne pas subir un préjudice capital sans réparation. Tel ne me semble pas être le rôle du préavis décliné par l'article L. 134-11 du Code de commerce car cette fonction de préservation ou de compensation est déjà assurée par l'indemnisation de fin de contrat prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce. De sorte qu'il ne me semble pas convaincant de comparer le sort d'un agent commercial à celui d'un distributeur d'un autre type. La comparaison est certes tentante : trois mois de préavis sont suffisants selon l'article L. 134-11 du Code de commerce pour mettre fin à un contrat d'agence commerciale qui peut avoir duré des années et des années alors que lorsqu'il s'agit d'un concessionnaire ou d'un franchisé, les mêmes juges exigent à juste titre un préavis bien plus long sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (en ce sens, *V. not. Ph. Grignon, obs. sur Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-17.952 : Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° 67, p. 69*). Mais « comparaison n'est pas raison ». En effet, peut-on comparer la situation d'un agent commercial qui perçoit une indemnité de fin de contrat, souvent égale à deux ans de rémunération, avec celle d'un autre distributeur auquel aucune indemnité n'est accordée de droit et que seul le préavis protège ? L'arrêt rendu le 3 avril 2012 par la chambre commerciale me semble donc, au final, devoir être approuvé.

Jean-Louis Respaud

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 19, 7 Mai 2009, 1479

6. - Régime de l'agence commerciale : commissionnement indirect (*Chevassus III et IV*). - Par un arrêt du 12 décembre 1996 (*CJCE, 12 déc. 1996, Kontogeorgas : D. 1997, jurispr. p. 438, note J.-M. Leloup*), la CJCE avait jugé que l'article 7, § 2, premier tiret de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, devait être interprété en ce sens que

l'agent commercial, lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique, a droit à la commission afférente aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur, même si elles l'ont été sans son intervention. À l'occasion d'un nouvel arrêt (*CJCE, 17 janv. 2008, aff. C-19/07, Héritiers de P. Chevassus-Marche c/ Groupe Danone*) la CJCE est amenée à répondre à une question plus large encore : l'agent a-t-il droit à commission pour les produits vendus sur son territoire sans son intervention, ni celle de son mandant ? Les protagonistes de cette nouvelle affaire ne sont pas des inconnus. Chacun se souvient du célèbre arrêt *Chevassus* rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 novembre 1998 (*Bull. civ. 1998, IV, n° 277 ; cette chron. Cah. dr. entr. 1999/2, n° 3*). M. Chevassus, agent commercial de Danone sur l'Île de la Réunion, se plaignait de la concurrence de centrales qui proposaient les mêmes produits à des conditions plus avantageuses sans que son mandant ne lui permette de s'inscrire utilement dans cette compétition. Répétant les termes du fameux arrêt *Huard* du 3 novembre 1992, la Cour avait reconnu que le mandant ne donnant pas les moyens à son mandataire de lutter contre la concurrence pour ses propres produits (produits importés par des centrales s'approvisionnant en métropole) manquait à l'exigence de loyauté contractuelle. M. Chevassus avait alors eu l'idée de demander à être commissionné sur l'ensemble des ventes en produits représentés sur son territoire peu important alors que lui-même ou son mandant soit intervenu dans ces ventes. Cette idée conduisit la Cour de cassation à poser une question préjudicielle à la CJCE (*Cass. com., 19 déc. 2006, Chevassus II : JurisData n° 2006-036657 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 253 ; D. 2007, p. 369, obs. E. Chevrier ; JCP E 2007, 1180 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 67, obs. M. Malaurie-Vignal*). Par l'arrêt commenté, *Chevassus III* du 17 janvier 2008, la CJCE refuse d'étendre le commissionnement à l'hypothèse où le mandant n'est pas intervenu à l'opération. Le bénéfice du commissionnement indirect est donc aux seules opérations directement ou indirectement contrôlées par les mandants, alors même que ni l'article 7 de la directive, ni l'article L. 134-6 du Code de commerce ne font allusion à l'intervention de ce dernier. Mais l'explication à cette limitation est à découvrir dans une approche plus globale de la directive et de la loi du 25 juin 1991 devenue les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce. Contrairement à l'arrêt *Kontogeorgas* précité, la Cour associe l'analyse de l'article 7 de la directive à celle des articles 10 et 11, relatifs à la naissance du droit à commission, qui font expressément référence au mandant (le même constat peut être fait à propos des articles L. 134-9 et L. 134-10 du Code de commerce ; V.F.-X. Licari, *Les contours du commissionnement indirect de l'agent commercial : RLDA juin 2007, p. 47 ; I. Bourdeau, Vers une généralisation du droit à commission indirecte de l'agent ? : Cah. dr. entr. 2007, n° 3, p. 57*). L'agent commercial ne peut donc prétendre à commission au titre d'une opération que dans la mesure où son mandant est intervenu, directement ou indirectement, dans la conclusion de ladite opération ; il appartient aux juridictions nationales d'établir la présence ou l'absence de cette intervention. Il restait donc à la Cour de cassation de déterminer selon les éléments dont elle dispose s'il y avait eu intervention, directe ou indirecte, juridique ou factuelle, du mandant. Les héritiers de l'agent commercial faisaient valoir que la preuve incombait au mandant de l'absence de contrôle direct ou indirect d'une opération propre à l'exonérer de son obligation de verser une commission. Retenant la position contraire, la Cour de cassation (*Cass. com., 1er juill. 2008, n° 03-12.724 : JurisData n° 2008-044664 ; JCP E 2008, 2056*) considère que le mandataire « n'a pas démontré que ces achats auraient été contrôlés directement ou

indirectement par ses mandantes ». Il est presque amusant de souligner que l'arrêt de la CJCE (17 janv. 2008, préc., pt 22) préconise d'apprécier l'existence de cette intervention du mandant à la lumière de « l'obligation de loyauté et de bonne foi » qui lui incombe.

Jean-Louis Respaud

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 20, 15 Mai 2008, 1638

8. - **Qu'est ce qu'un mandat (d'intérêt commun) ?** - La chambre commerciale admet une fois encore que la qualification de mandat d'intérêt commun puisse être appliquée à un contrat de diffuseur de presse faisant ainsi droit à une demande d'indemnisation de fin de contrat (V. *Cass. com.*, 29 févr. 2000, n° 97-15.935 : *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 93, note L. Leveneur ; *JCP G* 2000, II, 10355, note E. Cadou. – *Cass. com.*, 2 mars 1993, n° 90-18.403 : *D.* 1994, p. 48, note Th. Aubert-Montpeyssen ; *JCP G* 1993, II, 22176, note M. Behar-Touchais). Bien que le contrat ait précisé que le diffuseur intervenait en son propre nom, caractérisant ainsi au sens de l'article L. 132-1 du Code de commerce un contrat de commission, la chambre commerciale rejette le pourvoi de l'éditeur aux motifs que « le dépositaire concourt à la bonne diffusion des journaux et autres fournitures que la SNPR lui confie, qu'aux termes de l'article 5, il doit entretenir et développer un réseau de diffuseurs exclusifs si nécessaire, qui acceptent de recevoir en dépôt des exemplaires du journal, de les présenter et de les vendre au public chaque jour de parution, moyennant reprise des exemplaires invendus, doit servir tout point de vente dont la création a été jugée utile par l'éditeur, et doit également, selon l'article 6, sur son secteur, développer un réseau de vendeurs-colporteurs de presse qui acceptent de recevoir des exemplaires du journal, de le présenter, de les vendre au public et à domicile, et doit veiller à ce que tous les quartiers de ce secteur fassent ainsi l'objet de tournées de portage ; qu'il en déduit que la SNPR et M. X. disposant d'une clientèle commune que le dépositaire était chargé de fidéliser et de développer et que M. X. ayant intérêt à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle, le contrat litigieux constitue un mandat d'intérêt commun » et conclut que « le contrat liant les parties était un mandat de cette nature, ce dont il résulte que M. X. agissait non en son nom personnel mais au nom de la société » (*Cass. com.*, 20 févr. 2007, n° 05-18.444 : *JurisData* n° 2007-037690). Dans cette quête du mandat d'intérêt commun, le raisonnement retenu peut sembler surprenant. En effet, une démarche logique aurait voulu que la qualification de mandat soit dans un premier temps démontrée puis que soit, dans un second temps, précisé que le mandat dont il s'agit est un mandat d'intérêt commun. Il nous semble que, au contraire, la Cour a préféré révéler l'intérêt commun du contrat unissant les parties pour ensuite écarter la qualification alors embarrassante de contrat de commission au profit de celle de mandat (sur cette question, V. not. J. Roque, *Les obligations du mandant*, Thèse Avignon, 2007). Souhaitons que l'essor des contrats de commission-affiliation n'ait pas à en pâtir (*D. Mainguy et J.-L. Respaud, Le contrat de commission-affiliation, Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz 2007 ; L. Martinet et O. Akyurek, RDC 2007, p. 944*)...

Jean- Louis Respaud

9. - Régime de l'agence commerciale : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation d'un contrat d'agence commerciale y compris lorsque l'agent intervient également en qualité de distributeur, s'agissant de la vente des pièces détachées. - Un agent commercial peut-il invoquer les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale d'une relation commerciale établie ? Telle est la question à laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à nouveau à répondre à l'occasion de cet arrêt du 18 octobre 2017 (*Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-19.531, F-D, Sté Veleti SRL c/ B. : JurisData n° 2017-020717 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 250, note N. Mathey*). Lorsqu'il s'agit de la rupture d'un contrat d'agence commerciale, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'appliquent pas : une nouvelle fois la réponse est donc négative (*V. Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-13.527, FS-P+B, SA Éts Gabriel Boudier c/ SAS Baron Philippe de Rothschild France distribution : JurisData n° 2012-006422 ; Bull. civ. IV, n° 71 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 149, note N. Mathey ; JCP E 2013, 1200, n° 7, obs. J.-L. Respaud. - Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-17.952 : JurisData n° 2011-008357 ; Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° 67, p. 69, obs. Ph. Grignon*). Pareille solution s'explique au moins à deux titres. Premièrement, ces décisions respectent l'adage *specialia generalibus derogant* puisque, selon la cour, l'article L. 134-11 du Code de commerce écarte l'article L. 442-6, I, 5° du même code (*Rapp. Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.240 : JurisData n° 2011-021084 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 259, note N. Mathey ; D. 2011, p. 2465, obs. X. Delpech à propos d'un contrat de transport, contrat qui connaît également un régime spécial*). En effet, l'article L. 134-11 du Code de commerce qui précise le préavis à respecter à l'occasion de la résiliation d'un contrat d'agence commerciale, en ce qu'il est propre aux seuls agents commerciaux, édicte une règle spéciale par rapport à l'article L. 442-6, I, 5° du même code, qui ayant vocation à s'appliquer à la rupture brutale « *d'une relation commerciale établie* » par « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », se voit nécessairement alors attribuer la qualité de règle plus générale. Toutefois, ces deux textes poursuivent des finalités, au moins en partie, différentes. Il paraît donc délicat et peut-être simpliste de les considérer en conflit pour pouvoir ensuite, si facilement, faire primer l'un sur l'autre afin de résoudre ledit conflit (*V. nos obs. sur Cass. com., 3 avr. 2012, préc.*). Deuxièmement, le préavis suffisant de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce vise à permettre au partenaire évincé de se reconvertir (*V. not. J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : CDE 2002, n° 5, p. 19*). En matière d'agence commerciale, cette fonction de préservation ou de compensation est également et surtout assurée par l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 134-12 du Code de commerce, ce qui explique, d'une part, les brefs délais de préavis de l'article L. 134-11 du même code et, d'autre part, que soit écarté tout recours à l'article L. 442-6, I, 5° dudit code (*contra, V. Ph. Grignon, obs. sur Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-17.952 : JurisData n° 2011-008357 ; Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° 67, p. 69*). L'arrêt observé présente toutefois une spécificité intéressante et importante par rapport aux décisions précédemment rappelées (*Cass. com., 18 oct. 2017, préc.*). En l'espèce, la victime de la rupture n'intervenait pas seulement en qualité d'agent commercial d'un fabricant de machines-outils mais était également, à titre plus accessoire, distributeur des pièces détachées pour le même fournisseur. Cet élément

de fait avait conduit les juges d'appel à retenir que la relation contractuelle relevait, non pas de l'article L. 134-11 du Code de commerce qui concerne les contrats portant sur la seule qualité d'agent commercial, mais de l'article L. 442-6, I, 5° de ce code (*CA Paris, 5 mars 2015*). C'est une cassation pour violation de la loi qui vient sanctionner cette décision : « en statuant ainsi, alors que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant et qu'elle avait constaté que l'article 1er du contrat du 5 avril 2002 confiait à la société Poulard une mission d'agent commercial, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (*Cass. com., 18 oct. 2017, préc.*). L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations entre un agent commercial et son mandant. En l'espèce, l'activité de revente de pièces détachées était secondaire ; ainsi par raisonnement de principal à accessoire, il est cohérent que la Cour réitère sa position et la renforce même ainsi. Aurait-il toutefois été possible de raisonner autrement ? En privilégiant la règle générale ou par une application distributive des textes en conflit par exemple. Retenir la règle générale, c'est-à-dire faire application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, n'aurait guère de sens, puisque cela ferait doublon avec l'application de l'article L. 134-12 du même code prévoyant l'indemnité de fin de contrat. Appliquer distributivement les articles L. 134-11 et L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, c'est-à-dire maintenir durant un préavis plus long la distribution des pièces détachées alors que les machines-outils n'auraient plus été proposées, paraît tout simplement impossible.

Jean-Louis Respaud

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 15 Mars 2018, 1131

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

en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée (V. not. *Cass. com.*, 3 oct. 2006, n° 05-10.127 : *JurisData* n° 2006-035453 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, *comm.* 40, note L. Leveneur) et non seulement dans l'hypothèse de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, comme cela était le cas sous le régime ancien de l'agence commerciale, alors il apparaît logique d'indemniser l'agent commercial qui, une fois le non-renouvellement de son contrat notifié, refuse d'en conclure un nouveau à d'autres conditions. Une chose est le non-renouvellement du contrat liant les parties par le mandant qui ouvre donc droit à indemnisation, une autre chose est le refus de l'agent de conclure un contrat nouveau, refus qui n'a pas à le priver de ladite indemnité de fin de contrat. À défaut, il serait bien simple d'écarter le droit à indemnité en proposant un contrat nouveau à des conditions moins avantageuses afin que l'agent le refuse. Si l'on voulait jouer avec les mots, l'on dirait qu'il convient de distinguer le non-renouvellement du contrat existant, c'est-à-dire le refus d'un nouveau contrat, et celui d'un contrat nouveau par l'agent.

Jean-Louis Respaud

L'agent commercial, simple mandataire, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant

Commentaire sur Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772

par Daniel Mainguy professeur à la faculté de droit de Montpellier directeur du Centre de droit de la consommation et du marché (UMR-CNRS 5815 « Dynamique du droit ») et Jean-Louis Respaud maître de conférences à la faculté de droit d'Avignon (CDCM)

La Semaine Juridique Edition Générale n° 20, 14 Mai 2008, II 10094

Après avoir constaté que le contrat liant les parties contenait une stipulation selon laquelle l'affilié était un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce, l'arrêt attaqué retient que l'affilié avait la qualité d'agent commercial de la société.

En statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, et n'a pas la qualité de commerçant, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles L. 134-1 et L. 132-1 du Code de commerce.

Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772, F D, SAS Chattawak c/ SARL Chantal Pieri : *JurisData* n° 2008-042945

LA COUR – (...)

• Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société Chantal Pieri, franchisée de la société Chattawak, est devenue, par contrat du 11 juin 1999, affiliée de cette société ; qu'elle a informé la société Chattawak qu'elle voulait changer l'emplacement de son magasin ; que cette société lui a demandé de lui faire connaître le lieu, les surfaces du local et les conditions financières du changement, puis a mis fin au contrat au motif qu'un compromis de cession de droit au bail avait été signé sans son accord ; que la société Chantal Pieri l'a assignée afin que la qualité d'agent commercial lui soit

reconnue, que la rupture du contrat soit déclarée à l'initiative du mandant et qu'elle soit condamnée à lui payer une indemnité de cessation de contrat ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

- Attendu que la société Chattawak reproche à l'arrêt de l'avoir condamnée au paiement de la somme de 145 000 euros à titre d'indemnité de rupture (...) ;

- Mais attendu qu'ayant relevé que l'article 8 du contrat liant les parties précise que les marchandises et accessoires confiés à l'affilié restent la propriété de la société Chattawak et que les dispositions de l'article 11, qui ont un caractère essentiel, stipulent que l'affilié « encaissera le produit de l'ensemble des ventes au détail faites à la clientèle en versant ces montants sur un compte bancaire ouvert au nom de la société Chattawak ; ces remises de fonds interviendront au moins trois fois par semaine », tandis que le ticket de caisse versé aux débats établi par le logiciel « terminal point de vente » fourni par la société Chattawak et impérativement utilisé par l'affilié pour la gestion du magasin mentionne « Chattawak, 7 rue Sommelier-74 000 Annecy », sans aucune indication permettant d'identifier la société Chantal Pieri, l'arrêt retient que la société Chantal Pieri se trouvait contractuellement et dans les faits, tenue d'agir non seulement pour le compte, mais aussi au nom de la société Chattawak ; qu'ainsi, la cour d'appel a fait la recherche prétendument omise ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

- Attendu qu'après avoir constaté que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle la société Chantal Pieri était « un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce », l'arrêt retient que cette société avait la qualité d'agent commercial de la société Chattawak ;

- Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, et n'a pas la qualité de commerçant, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs (...) :

- Casse et annule (...) pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ; (...)

Mme Favre, prés., Mme Tric, cons.-rapp., Mme Garnier, cons. doyen, M. Jobard, av. gén. ; SCP Piwnica et Molinié, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.

Note :

Cet arrêt, signalé comme non destiné à être publié au *Bulletin*, présente l'intérêt de révéler, au plus haut niveau judiciaire, un contrat issu de la pratique, assez répandu dans le secteur de la distribution de vêtements comme alternative au contrat de franchise. Ce « contrat de commission-affiliation » fait pourtant peu parler de lui, à l'exception de cette affaire qui arrive à son terme (V. déjà *CA Paris, ch. civ. 5, sect. A, 13 sept. 2006 : JurisData n° 2006-312382*) et qui permet de présenter ce contrat (comp. *G. Amédée-Manesme, La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver : D. affaires 1999, p. 1160. – L. Martinet et O. Akyurek, Le droit au non-renouvellement du contrat de commission-affiliation : RDC 2007, p. 944. – D. Mainguy et J.-L. Respaud, À propos du contrat de commission-affiliation in Mélanges Ph. le Tourneau : Dalloz, 2007, p. 705*) s'inscrivant à son tour dans la tradition des contrats de distribution qui, depuis près de quarante ans intéressent la doctrine.

A priori, l'affaire se présentait de manière très banale. Un distributeur, la société Chantal Pieri, avait conclu un contrat l'intégrant au réseau de distribution « Chattawak ». Dans le secteur de la distribution des vêtements, les logiques de publicité et de notoriété légitiment des constructions de réseaux, soit par le biais de contrats de distribution sélective, soit de concession exclusive, soit de franchise, pour l'essentiel et sans que cette énumération épuise les solutions possibles, loin de là. Pour résumer, le premier système se conçoit pour des marques haut de gamme dans des situations de distribution multimarque, le deuxième pour des hypothèses de distribution monomarque et le troisième lorsqu'un savoir-faire particulier ou un besoin de financement du réseau par les distributeurs eux-mêmes s'imposent. Les solutions contractuelles et, éventuellement, concurrentielles sont alors différenciées, les techniques d'organisation le sont tout autant, comme les enjeux liés à la gestion des contrats et du réseau.

D'une manière générale cependant, ces trois formules sont des techniques d'encadrement de ventes conclues entre le fournisseur et le distributeur qui, acheteur, revend les marchandises à sa clientèle. Cette hypothèse de revente est alors, parmi d'autres, un obstacle à la technique des prix de *revente* minimum imposés. Le droit pénal de la distribution (*C. com., art. L. 441-5*) comme le droit antitrust, bannissent de manière très rigoureuse les clauses qui, de près ou de loin, parviennent à ce résultat ou à un résultat voisin. Toutefois cette difficulté peut être contournée dès lors que, entre le fournisseur et le consommateur, une vente est conclue, par l'intermédiaire d'une technique de représentation contractuelle, avec quelques réserves toutefois, s'agissant des mécanismes antitrust (*Règl. d'exemption par catégorie (REC) n° 2790/99, Lignes directrices : JOCE 13 oct. 2000, pts 22 s.*). Est-ce pour cette raison que, dans le réseau Chattawak, comme dans bien d'autres, une formule de « commission-affiliation » avait été choisie ? Cela n'apparaît pas dans le contrat objet de l'arrêt étudié. Il s'agissait en l'espèce des conséquences de la rupture de ce contrat.

Observons, en premier, qu'un tel contrat de commission-affiliation est une association originale, mêlant une formule de représentation opaque, celle de commission, et une formule « d'affiliation », c'est-à-dire d'adhésion à un réseau, à une logique de marque, de savoir-faire peut-être, comme dans les autres formules plus traditionnelles de distribution. La composante « commission » indique que le commissionnaire exerce son activité, ici vendre des produits, pour le compte du fournisseur, mais en son nom, faisant du commissionnaire un commerçant, propriétaire de sa clientèle. C'est la

différence principale avec le mandat, où le mandataire agit au nom et pour le compte du fournisseur et plus encore de l'agent commercial, non commerçant en principe et non propriétaire de sa clientèle. Bien entendu, le consommateur observateur identifiera sans difficulté que distributeur et fournisseur partagent la même enseigne. Pourtant, cette « révélation » du commettant aux yeux du tiers est sans incidence, en principe, sur la nature du contrat de commission. *A fortiori*, sans doute, en est-il ainsi du contrat de commission-affiliation, dans la mesure où le distributeur pourrait parfaitement être un franchisé, concessionnaire, etc.

En l'espèce, le fournisseur, Chattawak avait mis fin au contrat de commission-affiliation et le distributeur réclamait des indemnités consécutives à cette rupture. C'est à cette occasion que le distributeur cherchait à requalifier le contrat en contrat d'agence commerciale, afin de bénéficier du droit à indemnité promis par ce statut et plus précisément par les dispositions de l'article L. 134-12 du Code de commerce. Exercice réussi devant les juridictions du fond qui qualifiait le contrat d'agence commerciale et retenait une indemnité de rupture découlant de l'adoption de ce statut. Le pourvoi formé par la société Chattawak ne pouvait manquer d'être retenu favorablement pour une cassation musclée, pour violation de la loi, dans toutes ses dispositions et renvoi devant la même cour autrement composée : « Attendu qu'après avoir constaté que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle la société Chantal Piéri étant "un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce", l'arrêt retient que cette société avait la qualité d'agent commercial de la société Chattawak ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant ».

C'est une belle décision, même discrète, qui est ainsi rendue, dans laquelle se jouait l'impérialisme du statut d'agent commercial face à des stipulations contractuelles précisant une situation différente. Une autre solution aurait ruiné toute tentative contractuelle visant à mettre en scène la logique du contrat de commission, en soi, et *a fortiori*, dans une combinaison originale de cette formule avec, ici, un mécanisme d'affiliation.

Sans doute toute requalification n'est pas impossible, dès lors que la réalité de l'exécution contractuelle contredit les stipulations contractuelles : le commissionnaire n'est pas propriétaire d'un fonds, il agit, en fait, comme un mandataire (comp. *CA Paris, 20 nov. 1963 : D. 1964, somm. p. 42 ; RTD com. 1964, p. 136, obs. J. Hémar*), alors qu'aucun de ces éléments n'apparaissent en l'espèce : « Attendu qu'il ressort de l'examen des pièces versées aux débats que l'affilié agit de manière autonome, que les ventes sont faites pour le compte de Chattawak, que l'affilié encaisse le produit des ventes en versant ces montants sur un compte bancaire ouvert au nom de Chattawak, que le tarif est établi par Chattawak, qu'une exclusivité est instaurée, que les marchandises restent la propriété entière et exclusive de Chattawak ; le tribunal dira que la société C. P. a reçu un mandat de vendre les produits du fabricant et pour son compte, en contrepartie d'une commission et dira qu'il s'agit d'un contrat commercial » (*T. com. Paris, 6 févr. 2004, inédit, cité par D. Mainguy et J.-L. Respaud, À propos du contrat de commission-affiliation, art. préc., n° 18*).

Cet arrêt permet ainsi de valider la formule de commission-affiliation, dans la mesure où il considère que les logiques de contrat sont affirmées et constatées (V. sur ce point, *A. Bénabent, Contrat de commission – Définition : JCl. commercial, Fasc. 470.– M.-P. Dumont, L'opération de*

commission : LexisNexis Litec, 2000, n° 60.– Adde JCl. Contrats-Distribution, Contrat de Commission, Fasc. 830, 2004) et donc que ce contrat n'est pas réductible à un contrat d'agence commerciale.

Or, ce point est fondamental dans la mesure où il permet de construire le contrat sur la base d'une logique de commission-affiliation, conçue alors comme une alternative à un contrat de distribution fondé sur la vente quel qu'il soit et point seulement comme alternative au contrat de franchise (comp. G. Amédée-Manesme, *La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver, art. préc.*). Ce n'est pas la première tentative. Ainsi, les formules de location-gérance avec exclusivité, comme dans le secteur de la distribution de produits pétroliers, sert d'alternative aux logiques anciennes de simples contrats d'approvisionnement exclusif depuis des décennies, le contrat de management est apparu comme solution inversée du contrat de franchise hôtelière dans laquelle le propriétaire d'un établissement hôtelier, plutôt que l'exploiter en franchise, confie sa gestion à un groupe disposant d'un savoir-faire et d'une marque, etc. Il est frappant de constater alors, que après l'incursion des formules complexes de distribution dont la souche contractuelle était le contrat-cadre offrant un cadre général préparant, entre autres, les ventes d'application, certains opérateurs préfèrent revenir vers les solutions souples offertes par les formules de représentation. Sans aller, ici, jusqu'à étudier systématiquement les avantages comparés des formules fondées sur la vente et celles reposant sur une logique de représentation, on peut constater que plusieurs problèmes juridiques majeurs entravent, peut-être plus psychologiquement que réellement, la sécurité d'une formule de franchise. En premier, le fournisseur dispose d'une plus grande souplesse dans l'établissement des prix de revente. C'est particulièrement le cas avec une formule fondée sur un mandat, un peu moins pour une formule de commission dans la mesure où le commissionnaire est autonome et agit en son propre nom, mais beaucoup plus que dans des formules de revente après vente où l'obstacle de la sanction des prix imposés est, en France et dans l'Union européenne, absolu (V. RDC 2007, p. 770, obs. L. Idot. – comp. aux États-Unis, *US Supreme Court, 28 juin 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS, inc.* – Adde : V. Sélinsky et Ch. Montet, *États-Unis : revirement de jurisprudence sur les prix minima imposés de revente : Rev. Lamy dr. civ. 2007, n° 892*). D'autres soucis menacent le réseau : la relative fragilité du contrat de franchise dès lors qu'il ne s'appuie pas sur un savoir-faire clairement et substantiellement établi, l'annulation du contrat pour défaut de cause menaçant alors, la question de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail, alors que, depuis les années 2000, un certain nombre d'affaires ont admis cette solution (Cass. com., 3 mai 1995, n° 93-12.981 : *JurisData n° 1995-002448 ; JCP E 1995, II, 748, note L. Leveneur ; D. 1997, p. 10, note L. Amiel-Cosme.* – Cass. soc., 4 déc. 2001 : *Cah. droit entr. 2002, n° 3, p. 21, obs. D. Mainguy.– J. Guyénot, L'immixtion des règles du droit du travail dans les rapports entre concédants et concessionnaires : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 457.– Ch. Cutajar, La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité : RJDA 2002, p. 3*), celle de la propriété de la clientèle, où la jurisprudence choisit un partage de clientèle depuis l'arrêt *Trévisan* de 2002 (Cass. 3e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732 : *JurisData n° 2002-013715 ; D. 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; D. 2002, somm. p. 3006, obs. D. Ferrier ; JCP G 2002, II, 10112, note F. Auque ; Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 20, obs. J.-L. Respaud*), voire de l'admission d'une indemnité de clientèle (Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14.118 : *JurisData n° 2007-040801 ; JCP G 2007, II, 10211, note N. Dissaux ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 298, obs. M. Malaurie-Vignal ; D. 2008, p. 388, note D. Ferrier ; Rev. Lamy dr. aff. 2008, n° 1354, note D. Ferré et E. Debert ; Rev. Lamy dr. civ. 2008, n° 2891, note D. Mainguy et*

M. Depincé), etc. D'autres contraintes sont neutres telle l'invocation quasi-systématique de la violation des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce en matière de contrat de franchise, également applicables aux accords de commission, ou commission-affiliation, dès lors qu'une exclusivité d'activité est requise en contrepartie à l'utilisation d'un signe distinctif (*Cass. com., 10 févr. 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n° 71 ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 55, obs. L. Leveneur*). Toutes ces questions trouvent des réponses adaptées et, parfois, le contrat de franchise est même favorisé, par exemple au regard de l'analyse d'une clause de non-concurrence post-contractuelle par les règles du droit communautaire de la concurrence (*REC n° 2790/99, préc. supra, art. 5*) mais il demeure que ces considérations invitent à une réflexion plus générale sur des alternatives au contrat de franchise parmi lesquelles le contrat de commission-affiliation qui réussit, ici, un premier examen de passage.

Mots clés : Contrats et obligations. - Contrat de distribution. - Contrat d'affiliation pour l'exploitation d'un magasin. - Contrat d'agence commerciale (non)

Mots clés : Contrats et obligations. - Rupture. - Contrat d'agence commerciale (non). - Indemnités de rupture (non)

Le clair-obscur contrat de commission-affiliation.

Jean-Louis Respaud

*Maître de conférences à la faculté de droit d'Avignon
Revue en ligne Lexbase, octobre 2010.*

Tout ou presque a semble-t-il été dit à propos du contrat de commission-affiliation (G. Amédée-Manesme, *La politique des prix et la commission affiliation : un juste équilibre à trouver*, D. aff. 1999.1160 ; F. Auque, *La commission-affiliation*, AJDI 2001. 1060 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *A propos du contrat de commission-affiliation*, Mélanges Le Tourneau, Dalloz 2007, p. 705 ; N. Dissaux, *La commission-affiliation à l'épreuve de la notion de fonds de commerce*, JCP E 2009, n° 37, p. 20 ; du même auteur, *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, Lettre Omnidroit, 19 mai 2010) ; qu'il s'agit d'un monstre juridique (N. Dissaux, *préc.*), qu'il va de charybde en scylla (D. Ferrier, *La commission-affiliation : Charybde ou Scylla ?* D. 2008, p. 2907), qu'il a connu son épilogue (D. Ferrier, *Requalification d'un commissionnaire affilié en agent commercial : épilogue*, D. 2009. Chron. 1942) et sa mort a même été annoncée (B. Saintourens, RTD com. 2009. 683).

Pourtant, « *Non, la commission-affiliation n'est pas encore morte* » (E. Chevrier, Dalloz actualité 8 juillet 2010). A l'instar de Jésus ressuscitant Lazare, la Cour de cassation a redonné souffle et vie à ce contrat à l'occasion d'un arrêt rendu le 29 juin 2010 par la chambre commerciale ; nouvel et dernier, pour l'heure, épisode dans l'affaire *Chattawak* fort riche en rebondissements. La société Chattawak, fournisseur en prêt-à-porter féminin, avait conclu en 1999 un contrat de commission-affiliation avec la société Chantal Pieri qui appartenait déjà à son réseau de franchise depuis plusieurs années. Faisant suite à un différend ayant éclaté à propos du refus d'agrément par Chattawak du nouveau local

commercial de sa contractante, cette dernière assignait celle-ci devant le Tribunal de commerce de Paris afin de faire constater que le contrat Chattawak était un contrat d'agence commerciale, rompu à l'initiative de la société Chattawak et de la condamner en conséquence à verser une indemnité de fin contrat prévue par l'article L.134-12 C. com.. Le 6 février 2004, le Tribunal de commerce de Paris prononçait un jugement faisant droit en grande partie aux demandes et prétentions de la société Chantal Pieri puisqu'il condamnait la société Chattawak à verser à son ancien affilié « *la somme forfaitaire de 145.000 € au titre de l'indemnité de rupture* ». Sur appel de la société Chattawak, la Cour d'appel de Paris confirmait ce jugement et en particulier la requalification du contrat de commission-affiliation en contrat d'agence commerciale (C.A. Paris, 5 ch. A, 13 septembre 2006, n° 04-10715 : D. 2007, p. 1911, obs. D. Ferrier ; JCP E 2006, n° 51-52, p. 2202 ; Cah. dr. entr. 2007, n° 3, p. 47, note M.-P. Bonnet-Desplan). Cette décision fut alors cassée par la chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt remarqué en date du 26 février 2008 (Cass. com., 26 février 2008 : pourvoi n° 06.20.772 ; JCP 2008. II. 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; JCP E 2008. 1710, note N. Dissaux ; CCC 2008, n° 95, obs. N. Mathey). La Cour d'appel de Paris, sur renvoi, retenait une nouvelle fois la qualification de contrat d'agent commercial par un arrêt du 9 avril 2009 (D. 2009. Jur. 1942, note D. Ferrier ; RTD com. 2009. 683, obs. Saintourens ; JCP E 2009, n° 37, p. 20, note N. Dissaux ; CCC 2009, n° 264, obs. Mathey ; RJDA 2009, n° 1070 ; RJ com. 2009. 272, note Lebreton-Derrien ; Lettre distrib. sept. 2009, p. 1, obs. M.-P. Bonnet-Desplan). Mêmes causes, mêmes effets : cet arrêt d'appel est donc à nouveau cassé par la chambre commerciale à l'occasion de cet arrêt du 29 juin 2010.

Cet arrêt a déjà fait l'objet d'un très bon commentaire dans ses mêmes colonnes, et l'intérêt des lignes qui suivent - si elles en ont un - est d'inscrire cette décision de la Cour de cassation dans un contexte jurisprudentiel plus général et également favorable au contrat de commission-affiliation. En effet, le Conseil d'Etat a rendu le 31 mars 2010 un arrêt très important, l'arrêt *Zimmer*, selon lequel un commissionnaire n'est pas un établissement stable du commettant (CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 31 mars 2010, n° 304715 et n° 308525, Sté Zimmer Ltd, concl. J. Burguburu : Droit fiscal, n°16, 22 avril 2010, comm. 289, note E. Rivière, P. Escaut et E. Bonneaud). Enfin, quelques mois plus tôt, l'Autorité de la concurrence avait rendu le 30 juin 2009 une décision, peut-être moins remarquée, mais tout aussi favorable au contrat de commission en matière de pratiques anticoncurrentielles (Déc. n° 09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires : Europe, n° 2009/8, comm. 338, obs. L. Idot).

Si le feuilleton judiciaire Chattawak a fortement obscurci, à notre sens, la qualification de contrat de commission-affiliation (I), il semble que le régime de ce contrat bénéficie au contraire de belles éclaircies (II).

I. – UNE QUALIFICATION OBSCURCIE

Alors que les définitions respectives des contrats d'agence commerciale et de commission-affiliation, ainsi que leur distinction, sont clairement établies (A), les différents épisodes Chattawak semblent avoir apporté leur lot de complication à ce sujet (B).

A. – Une définition initialement claire

Tant la définition du contrat de commission (1°) que celle du contrat de commission-affiliation (2°) sont simples et permettent de les distinguer de contrats voisins.

1°) Le contrat de commission

Les termes de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce sont clairs : « *Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* » (C. com., art. 94, al. 1^{er} ancien). Le commissionnaire est donc selon la loi celui qui agit en son propre nom pour le compte d'un commettant.

La jurisprudence a également fait sienne cette définition. Ce fut le cas dans un premier temps la chambre criminelle de la Cour de cassation par un arrêt du 24 juillet 1852 (D. 1852, 1, p. 584) suivie par les juridictions du fond ainsi que par la chambre commerciale : « *Mais attendu qu'aux termes de l'article 94 du Code de commerce, un commissionnaire est celui qui agit en son nom et pour le compte d'un commettant* » (Cass. com., 2 nov. 1954 : JCP G 1955, II, 8496).

L'article 1984 du Code civil définit ainsi le mandat : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

Intervenant tous deux pour le compte de leur donneur d'ordre, il est possible de distinguer le mandataire du commissionnaire selon que l'intermédiaire intervient au nom de son mandant ou au contraire sous son propre nom. La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de confirmer cette position, et elle l'a fait de façon très ferme (Cass. com. 2 nov. 1954 ; Gaz. Pal. 1955, 1, 5 ; JCP 55, II, 8496. – 21 nov. 1956 : Bull. civ. III, n. 303. – 19 mars 1958 : JCP 58, éd G, IV, 66. – 6 juill. 1960 : Bull. civ. III, n. 279. – 15 juill. 1963 : Bull. civ. III, n. 378. – 3 mai 1965 : Bull. civ. III, n. 280. – 10 fév. 1970 : Bull. civ. IV, n. 49. – 21 juin 1982 : Bull. civ. IV, n. 235 ; JCP G 1982, IV, 314. – 22 mai 1991 : Bull. civ. III, n° 173. – 3 janvier 1995 : RJDA 4/1995, n° 425. – 20 mai 1997 : RJDA 10/1997, n° 1187).

L'absence de représentation est donc « *vraiment spécifique* » de la commission (F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2000, n° 663). Comme le résume Monsieur A. Bénabent : « *La solution jurisprudentielle est donc maintenant bien établie : n'est commissionnaire que celui qui agit en son nom propre* » (A. Bénabent, *Contrat de commission – Définition* : JCl. com. Fasc. 470, n° 16 ; dans le même sens, M.-Pierre Dumont, J.-CL. *Contrats-Distribution*, 2004, V° *Contrat de Commission*, Fasc. 820, n° 7).

Tant en Doctrine qu'en jurisprudence, la solution est donc bien acquise ; le droit positif est unanime : l'intermédiaire qui agit pour le compte du donneur d'ordres mais en son propre nom est un commissionnaire conformément aux termes de l'article L. 132-1 C. com..

2°) Le contrat de commission-affiliation

Le contrat de commission-affiliation est une alternative au contrat de franchise (D. Ferrier, *Le devenir du droit de la franchise*, D. Affaires 1998. 1169 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *A propos du contrat de commission-affiliation*, Mélanges Le Tourneau, Dalloz 2007, p. 705). Elle présente notamment l'avantage pour le distributeur de ne pas supporter la charge et le risque des stocks et pour le fournisseur la possibilité d'imposer plus facilement sa politique commerciale et tarifaire aux membres de son réseau (G. Amédée-Manesme, *La politique des prix et la commission affiliation : un juste équilibre à trouver*, D. aff. 1999.1160). Cette alternative peut être lue dans deux sens. Soit il sera considéré que le contrat de commission-affiliation consiste à greffer sur un contrat de commission la mise à disposition de signes distinctifs propres au promoteur du réseau de distribution et éventuellement celle d'un concept original ou savoir-faire. Soit, au contraire, on observera qu'il s'agit d'une sorte de contrat de franchise sans achats pour revendre mais avec une commission à la vente assortie d'un contrat de dépôt-vente.

Quelle que soit la lecture retenue, le contrat de commission-affiliation est donc une opération de commission assortie d'une identification commerciale du commettant, généralement par la marque ou l'enseigne (D. Mainguy et J.-L. Respaud, *article préc.*). Là est sans doute la difficulté puisque logiquement le commissionnaire se caractérise par son opacité ; il cache juridiquement son commettant. Toutefois, cette notion d'opacité ou de transparence – plus pédagogique qu'opérationnelle – s'apprécie juridiquement et non matériellement ; il s'agit de réfuter ou au contraire révéler l'existence d'un engagement de l'intermédiaire au bénéfice du client final. En effet, cette distinction entre le contrat de mandat et l'opération de commission ne repose pas sur un critère de fait lié à l'opacité effective du commissionnaire (M.-Pierre Dumont, J.-Cl. Contrats-Distribution, 2004, *Contrat de Commission*, Fasc. 820, n° 11). Il est ainsi fréquent que le tiers contractant connaisse l'existence et l'identité du commettant sans que le commissionnaire ait précisé agir en son nom, notamment lorsque le contrat de commission ajoute une mise à disposition de l'enseigne, de la marque ou de signes distinctifs quelconques du commettant. Cette révélation du commettant comme en l'espèce par l'apposition ostensible de sa marque sur les produits et lieux de vente n'est pas exclusive de l'engagement du commissionnaire. Le commissionnaire ne devient pas mandataire du seul que le nom de son commettant est révélé (Cass. com., 7 mai 1962 : Bull. civ. IV, n° 240. – 15 juillet 1963 : Bull. civ., n° 378). En pareil cas, comme le souligne Madame M.-Pierre Dumont : « *La qualification de contrat de commission demeure* » (préc.).

B. – Une définition compliquée par les juges

Les décisions rendues dans la tumultueuse affaire Chattawak ont eu le mérite de rappeler une solution bien établie selon laquelle l'application du statut d'agent commercial ne dépend pas de la dénomination portée en titre du contrat mais des conditions effectives de l'activité (Cass. com. 10 déc. 2003, D. 2005. Pan. 148, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2004. 285, obs. J. Mestre et B. Fages). Mais au-delà de ce mérite, il semble que la complication à propos du contrat de commission-affiliation introduite par les juges du fond (1°) a peut-être été quelque peu entretenue par la Cour de cassation (2°).

1°) Une complication introduite par les juges du fond

La confusion introduite dans la qualification de contrat de commission-affiliation à l'occasion de l'affaire Chattawak semble avoir pour origine le jugement rendu le 6 février 2004 par le Tribunal de commerce de Paris qui avait retenu la qualification d'agence commerciale en raison de critères pouvant indifféremment évoquer la commission ou le mandat, à savoir l'exclusivité de fourniture consentie à l'affilié, ses obligations de ne vendre qu'aux consommateurs et sous l'enseigne du commettant, la consignation des produits dont la propriété était conservée par le fournisseur, la fixation des prix de vente par le fournisseur, la rémunération du distributeur par une commission. Dans son premier arrêt, la Cour d'appel de Paris avait souligné le caractère indifférent de ces éléments, puis, avait considéré que le distributeur Chattawak n'était pas opaque mais transparent notamment du fait de l'utilisation exclusive de la dénomination du fournisseur dans l'identification de son point de vente et sur les tickets de caisse ou encore l'existence d'un compte bancaire ouvert au nom du fournisseur afin de confirmer la requalification en contrat d'agence commerciale tout en qualifiant pourtant ce distributeur de commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce (C.A. Paris, 5 ch. A, 13 septembre 2006, n° 04-10715 : D. 2007, p. 1911, obs. D. Ferrier ; JCP E 2006, n° 51-52, p. 2202 ; Cah. dr. entr. 2007, n° 3, p. 47, note M.-P. Bonnet-Desplan). C'est justement cette contradiction entre la qualification d'agent commercial et la reconnaissance d'un fonds de commerce indépendant qui avait conduit la chambre commerciale à une première cassation (Cass. com., 26 février 2008 : pourvoi n° 06.20.772 ; JCP 2008. II. 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; JCP E 2008. 1710, note N. Dissaux ; CCC 2008, n° 95, obs. N. Mathey). Sur renvoi, les conseillers parisiens avaient une seconde fois requalifié le commissionnaire-affilié en agent commercial en s'attachant alors à démontrer que les éléments du fonds de commerce en question devaient être rattachés au fournisseur (C.A. Paris, 9 avr. 2009 : D. 2009. Jur. 1942, note D. Ferrier ; RTD com. 2009. 683, obs. Saintourens ; JCP E 2009, n° 37, p. 20, note N. Dissaux ; CCC 2009, n° 264, obs. Mathey ; RJDA 2009, n° 1070 ; RJ com. 2009. 272, note Lebreton-Derrien ; Lettre distrib. sept. 2009, p. 1, obs. M.-P. Bonnet-Desplan).

2°) Une complication entretenue par l'arrêt du 29 juin 2010 ?

Par l'arrêt du 29 juin 2010, la chambre commerciale casse la décision de la cour d'appel du 9 avril 2009. Pour ce faire, la chambre commerciale reproche à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché « *laquelle des deux sociétés avait la qualité juridique de vendeur* », critère qui aurait en effet permis de révéler l'opacité ou au contraire la transparence des opérations de vente et donc de distinguer clairement entre les qualités de commissionnaire ou d'agent commercial.

Puis la Cour reproche aux juges du fond, d'une part, d'avoir identifié une clientèle attachée au distributeur et pourtant retenu la qualification d'agent commercial alors que « *l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre* » et d'autre part, d'avoir relevé que la société distributrice avait cédé son droit au bail des locaux sans écarter la qualité d'agent commercial alors que cette titularité d'un bail commercial « *était un élément*

essentiel pour déterminer si celle-ci avait la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder ».

Outre le tort de mal poser le problème de l'appartenance de la clientèle, celle-ci étant moins un élément du fonds de commerce que son objectif, utiliser ainsi le fonds de commerce comme critère et le droit au bail comme indice peut dérouter. En effet, il ressort du statut d'agent commercial que celui-ci ne possède pas de fonds de commerce et ne peut donc dès lors, en principe, revendiquer le statut des baux commerciaux ; peut-on pour autant rejeter ou retenir une qualification en raison de ces éléments ? Il semble que non ; il appartient en effet traditionnellement à la qualification d'indiquer le régime applicable et non l'inverse. Déduction et induction doivent être distinguées.

II. – UN REGIME ECLAIRCI

Bien que quelques nuages jurisprudentiels aient obscurci le ciel du contrat de commission-affiliation, son régime bénéficie de belles éclaircies tant en droit de la concurrence (A) qu'en matière fiscale (B).

A. – En droit de la concurrence

Le contrat de commission-affiliation a été imaginé notamment afin de permettre à certains promoteurs de réseaux, souvent de franchise, d'échapper aux rigueurs du droit de la concurrence (V. notam. G. Amédée-Manesme, *La politique des prix et la commission affiliation : un juste équilibre à trouver*, D. aff. 1999.1160 ; D. Ferrier, *La commission-affiliation : Charybde ou Scylla ?* D. 2008, p. 2907).

Imposer une politique commerciale et tarifaire très précise peut constituer une entente anticoncurrentielle au sens de l'article 101 TFUE et de l'article L.420-1 C. com. Mais pour qu'il y ait entente il est nécessaire de démontrer une concertation et la concertation nécessite bien entendu la pluralité (V. notam., D. Mainguy, J.-L. Respaud, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec 2010, n° 284 s). C'est justement là que le bât blesse en matière d'intermédiaires du commerce. En effet, pour s'entendre, il faut être au moins deux entreprises, or le droit de la concurrence considère, par principe, que l'intermédiaire, qu'il nomme « agent » de manière générique, ne constitue pas une entreprise indépendante faute d'autonomie suffisante. Ainsi, ne constituant pas une entreprise susceptible d'entente anticoncurrentielle, l'intermédiaire, dont le commissionnaire, peut se voir imposer des conditions de commercialisation et de tarification. Le vocabulaire utilisé par le droit de la concurrence est moins précis que les notions du droit des contrats, agence, commission, représentation semblent en effet être considérer comme équivalent : ainsi les lignes directrices envisagent, comme la pratiques anglo-saxonne, le contrat d'agence de façon générale, pour distinguer ensuite en fonction de ses effets pour retrouver les techniques du mandat ou de la commission. D'une façon générale, le règlement d'exemption relatif aux accords verticaux et les lignes directrices ne remettent pas en cause le raisonnement qui prévalait jusque là. Les « vrais contrats d'agence » sont en effet exclus du champ d'application de l'article 101§1 TFUE. Est un « vrai contrat d'agence » celui dans lequel l'agent ne supporte pas tous les risques commerciaux et financiers, ou à

tout le moins une part négligeable, relatifs aux contrats qu'il conclut, dont les risques et coûts de transferts et livraison des biens, coûts de gestion des stocks, coûts d'exploitation d'un service après-vente, coût des investissements nécessaire au marché en cause, coût de la responsabilité à l'égard des tiers, coût de la responsabilité en cas de non exécution du contrat (Déc. Comm. CE n° 2002/758, 10 oct. 2001, *Mercedes Benz*, JOCE 25 sept. 2002, n° L 257, Europe déc. 2002, comm. 377, obs. L. Idot, condamnant une entente entre un constructeur et ses agents, décisions infirmée par le TPICE : TPICE, 15 sept. 2005, aff. T-325/01, *Daimler Chrysler c/ Commission*, Gaz. Pal. 20-21 janv. 2006, Europe nov. 2005, comm. 391, obs. L. Idot).

La décision rendue le 30 juin 2009 par l'Autorité de la concurrence à propos du réseau de distribution de prêt-à-porter Mango est précisément relative à ces questions (Déc. n° 09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires : Europe, n° 2009/8, comm. 338, obs. L. Idot). L'Autorité de la concurrence observe la relation contractuelle et relève certains de ces principaux traits quant au point de vente, à la politique commerciale fixée par Mango, aux articles préétiquetés et donc aux prix de vente imposés, à la gestion et la propriété des stocks qui demeure celle de Mango ... La décision relate également que l'intermédiaire doit fournir une garantie correspondant à la valeur des stocks déposés à la vente dans sa boutique et payer les frais de transport des articles depuis l'Espagne. Bien que qualifiant de *sui generis* ce contrat, l'Autorité décrit ce qui paraît être un contrat de commission-affiliation. Puis est relaté le grief adressé : « *Il est fait grief à Punto Fa SL d'avoir passé avec les distributeurs indépendants adhérents à son réseau Mango des accords contrevenant à l'interdiction posée par l'article L. 420-1 du code de commerce et l'article 81, paragraphe 1, CE, en ce que lesdits accords conviennent des prix de vente au consommateur des produits concernés* » (l'article 81 TCE est depuis devenu l'article 101 TFUE).

Ces dispositions interdisent ainsi des comportements coordonnés bilatéralement ou multilatéralement, sous forme d'ententes, pour ce qui concerne le droit national, d'accords entre entreprises, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, pour ce qui concerne le droit communautaire. L'Autorité rappelle alors que « *ces différentes formes de collusion supposent que les partenaires soient en capacité de conclure un accord de volontés, ce qui implique que chacun d'entre eux soit indépendant des autres* » (Déc., n° 46). Comme le relève le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 15 septembre 2005 dans l'affaire *Daimler Chrysler contre Commission* (préc.), « *la notion d'accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins* ». De même, le Conseil de la concurrence, dans son rapport annuel pour l'année 2006, affirme qu'« *l'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence* ».

L'Autorité souligne ensuite que la notion d'entente ou d'accord anticoncurrentiels renvoie à celle d'entreprise. Comme le souligne en effet le TPICE dans du 15 septembre 2005 « *si un... intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les*

instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique ». Mais « il en est autrement si les conventions passées entre le commettant et ses agents confèrent ou laissent à ces derniers des fonctions se rapprochant économiquement de celles d'un négociant indépendant, du fait qu'elles prévoient la prise en charge, par lesdits agents, des risques financiers liés à la vente ou à l'exécution des contrats conclus avec des tiers. » La conclusion s'impose alors : « dès lors qu'un agent... ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique. »

Ce rappel fait, il incombait alors à l'Autorité de la concurrence de vérifier que ces deux opérateurs, Mango et son affilié, ne constituaient pas une seule et même entité économique active sur le marché.

Un distributeur est considéré comme un « agent » lorsqu'il ne supporte que les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite professionnelle ou les investissements généraux dans un local ou du personnel. En revanche, le distributeur perd sa qualité d'agent lorsque, compte tenu des stipulations contractuelles, il doit assumer des risques qui vont au-delà de ceux qui sont attachés à la fonction de vente. Ces risques sont directement liés aux contrats, comme le financement des stocks ou sont liés aux investissements spécifiques du marché. Dans ce cas, le distributeur perd alors sa qualité d'agent et peut être considéré comme un acteur économique indépendant de son contractant et la possible qualification d'entente anticoncurrentielle peut alors réapparaître.

L'Autorité a alors considéré que malgré certains risques commerciaux et financiers supportés par le distributeur, celui-ci ne constituait pas une entreprise autonome au sens du droit de la concurrence et ainsi écarté toute qualification de pratiques anticoncurrentielles. Cette décision qui après avoir décrit les traits caractéristiques d'un contrat de commission-affiliation et les obligations nécessaires à sa mise en œuvre les absout en droit de la concurrence participe à remettre un peu de baume au cœur de ce contrat et de ses promoteurs.

B. – En droit fiscal

L'article 256 bis III du CGI prévoit : « *Un assujetti, agissant en son nom propre mais pour le compte d'autrui, qui s'entremet dans une acquisition intracommunautaire, est réputé avoir personnellement acquis et livré le bien* ». Un commissionnaire français intervenant sur le territoire national au nom et pour le compte de son commettant étranger est donc bien entendu soumis aux différents impôts et aux différentes taxes sur le chiffre d'affaires. Mais qu'en est-il du commettant étranger ? Telle était justement la question posée par l'importante affaire *Zimmer*.

L'arrêt Zimmer rendu le 31 mars 2010 par le Conseil d'Etat (CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 31 mars 2010, n° 304715 et n° 308525, Sté Zimmer Ltd, concl. J. Burguburu : Droit fiscal, n°16, 22 avril 2010, comm. 289, note E. Rivière, P. Escaut et E. Bonneaud) a mis un terme à la période d'incertitude ouverte par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 2 février 2007 qui avait qualifié d'établissement stable le commissionnaire exclusif d'une société anglaise avec toutes les conséquences induites en termes d'assujettissement aux impôts et taxes. En effet, par cette décision, la Cour administrative d'appel de Paris reconnaissait comme légitime l'assujettissement en France de la société commettante à l'impôt sur les sociétés et la taxe professionnelle.

Le Conseil d'Etat, considérant que les locaux du commissionnaire ne constituaient pas un établissement stable en France du commettant, a donc annulé cet arrêt parisien et l'assujettissement corrélatif aux impôts et taxes de l'entreprise commettante en France. Le droit fiscal apporte donc, lui aussi, son renfort à la réhabilitation du contrat de commission en général et donc à celle du contrat de commission-affiliation en particulier.

II. – Les contrats de distribution avec achat pour revendre

L'achat pour revendre est l'opération traditionnelle du commerce. Le producteur vend au grossiste qui revend au détaillant qui revend au consommateur.

(Voir notam. : Daniel Mainguy, *La revente*, Litec 1996)

Il s'agit essentiellement des contrats de concession, de franchise, de distribution agréée, ou encore de distribution sélective.

Contrat de concession : Contrat par lequel un fournisseur, le concédant, concède à un distributeur, le concessionnaire, de revendre ses produits sur un territoire exclusif. Il peut ou non être exigé du concessionnaire qu'il ne distribue exclusivement que les produits du concédant. Également appelé Contrat de concession commerciale ou encore contrat de distribution exclusive.

Contrat de franchise : Contrat par lequel le titulaire d'un savoir-faire (concept commercial original éprouvé) et d'une marque suffisamment notoire, le franchiseur, confère à un distributeur de produits ou services le droit d'utiliser ledit savoir-faire et ladite marque en bénéficiant de l'assistance du franchiseur, en contrepartie d'une redevance et d'un droit d'entrée.

Contrat de distribution agréée : Contrat par lequel un fournisseur recommande plus particulièrement, par l'agrément ou agrégation, certains des distributeurs de ses produits ou services qui satisfont à des critères et conditions techniques et/ou commerciales relatifs à leur expérience et/ou leurs installations.

Contrat de distribution sélective : Contrat par lequel un fournisseur réserve la distribution de ses produits ou services à certains distributeurs qui satisfont à des critères et conditions techniques et/ou commerciales relatifs à leur expérience et/ou leurs installations. Cette distribution est multimarque.

- Extraits de Chronique de droit de la distribution ;
- Jean-Louis Respaud, *Droit communautaire de la concurrence : les nouveaux régimes relatifs au secteur automobile*. Revue en ligne Lexbase, n° 401/2010

Droit communautaire de la concurrence : les nouveaux régimes relatifs au secteur automobile

Jean-Louis Respaud

Maître de conférences à la faculté de droit d'Avignon

Revue en ligne Lexbase, n° 401/2010

Le règlement n° 1400/2002 expirant le 31 mai 2010, la Commission européenne a adopté le 27 mai le nouveau règlement d'exemption relatif à certains accords conclus dans le secteur automobile, le règlement n° 461/2010 ⁽¹³¹⁾, accompagné de lignes directrices spécifiques ⁽¹³²⁾. Ce printemps 2010 aura donc été riche de textes nouveaux en matière de droit communautaire de la concurrence : nouveaux régimes en matière d'accords horizontaux tel le nouveau règlement relatif aux accords conclus dans le secteur de l'assurance ⁽¹³³⁾, nouveau règlement général n° 330/2010 relatif aux accords verticaux ⁽¹³⁴⁾ et enfin ce nouveau règlement relatif au secteur automobile. Cet « embouteillage » réglementaire a été l'occasion d'une profonde réforme du régime de la distribution automobile. Il convient à présent de parler non plus du régime de la distribution automobile mais des régimes relatifs à ce secteur puisque le sort des accords de distribution des véhicules neufs a été totalement dissocié de celui des accords relatifs aux services ou aux pièces détachées. Alors que la vente et l'après-vente étaient indissociables sous l'empire des règlements n° 123/1985 et 1475/1995, un premier et grand pas avait été franchi par le dernier règlement n° 1400/2002 qui permettait aux constructeurs de dissocier ces fonctions dans leurs accords verticaux. Avec le nouveau règlement ⁽¹³⁵⁾, le divorce est prononcé puisqu'à présent les accords de distribution de véhicules (I) et ceux relatifs aux services et pièces détachées (II) connaissent deux régimes différents.

131 JOUE du 28 mai n° L 129/52.

132 JOUE du 28 mai n° C 138/16

133 Règlement n° 267/2010 du 24 mars 2010, JOUE du 24 mars 2010 n° L 83/1.1 ; V. J.-L. Respaud et S. Albert-Salmeron, RGDA mai 2010.

134 JOUE du 23 avril n° 102/1.

135 V. Lignes directrices, n° 11.

I. – Le régime des accords de distribution de véhicules neufs

La grande nouveauté apportée par le règlement n°461/2010 est qu'il ne s'applique pas aux accords de distribution des véhicules neufs (¹³⁶), contrairement à ces prédécesseurs, les règlements n°123/1985, 1475/1995 et 1400/2002. Cette disparition du régime spécifique et donc la soumission au régime commun (A) sont évidemment lourdes de conséquences (B).

A. – La disparition du régime spécifique

Les accords en question qui bénéficiaient ainsi depuis 1985 d'un règlement d'exemption spécifique seront à terme régis par le règlement commun d'exemption n°330/2010 (137). L'article 3 du règlement n° 461/2010 dispose en effet que « *Le règlement (UE) n° 330/2010 s'applique aux accords verticaux portant sur l'achat, la vente ou la revente de véhicules automobiles neufs à partir du 1 er juin 2013* ». Le présent règlement organise donc en deux temps ce passage au régime commun.

Une période transitoire est organisée du 1^{er} juin 2010 jusqu'au 1^{er} juin 2013. Ainsi, selon l'article 2 du règlement n° 461/2010, « *l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, du 1 er juin 2010 au 31 mai 2013, aux accords verticaux relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles neufs, qui satisfont aux conditions d'exemption prévues par le règlement (CE) n° 1400/2002 concernant spécifiquement les accords verticaux d'achat, de vente ou de revente de véhicules automobiles neufs* ». Les accords de distribution des véhicules automobiles restent donc régis par le précédent règlement n° 1400/2002 qui a été prorogé pour trois ans s'agissant de ces seuls contrats (138).

A l'issue de cette période transitoire, les accords de distribution de véhicules dépendront du règlement commun n° 330/2010. Seuls les accords relatifs aux services et pièces détachées bénéficient donc encore, comme nous le verrons, d'un régime spécifique, le règlement n° 461/2010.

B. – Les conséquences de la soumission au régime commun

Transparaît clairement de ce nouveau régime, la volonté de la commission de promouvoir plus particulièrement la concurrence inter-brand, entre les marques, que la concurrence intra-brand, entre les distributeurs d'une même marque. Il marque de ce fait une vraie rupture avec la philosophie des précédents règlements qui cherchaient notamment à rééquilibrer le rapport de force entre concédants et concessionnaires. En découlent d'importantes conséquences.

136 V. Lignes directrices, n° 12.

137 Cette question de l'abandon du régime spécifique avait été posée dès l'adoption du précédent règlement n° 1400/2002 : J.-L. Respaud, « *Nouveau règlement automobile : peut-être le dernier ?* », Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 30.

138 A propos de ce règlement, V. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec 2010, n° 318 s.

Seuil de part de marché – Le règlement 1400/2002 proposait, propose toujours jusqu'au 1^{er} juin 2013, de recourir à trois formules contractuelles, la distribution exclusive, la distribution sélective qualitative et quantitative et la distribution sélective purement qualitative. La première formule n'était possible que si le fournisseur ne détenait pas plus de 30 % des parts de marché, le seuil de la seconde formule était de 40 % ; la condition de seuil disparaissait s'agissant de la troisième formule ⁽¹³⁹⁾. La soumission au régime commun emporte donc sur ce point un changement significatif puisque l'exemption proposée par le règlement n° 330/2010 ne s'applique qu'à « *la condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels* » ⁽¹⁴⁰⁾.

Restrictions caractérisées – L'article 4 du règlement n° 330/2010 dresse un inventaire de cinq restrictions caractérisées, « péchés capitaux », qui font perdre à l'accord le bénéfice de l'exemption. Il s'agit de l'imposition de prix de revente, de l'exclusivité territoriale absolue, d'imposer des limites territoriales dans le cadre d'une distribution sélective, des entraves aux ventes croisées au sein d'un système de distribution sélective et enfin « *de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens* » ⁽¹⁴¹⁾.

Monomarquisme – L'article 5 du règlement n° 330/2010 prévoit ensuite une liste de clauses qui ne peuvent pas bénéficier de l'exemption sans pour autant faire perdre celle-ci à l'ensemble de l'accord. Il s'agit par exemple des clauses de non-concurrence post-contractuelles ⁽¹⁴²⁾, mais également des clauses d'exclusivité sauf lorsqu'elles sont limitées à cinq ans. Ainsi les constructeurs automobiles recouvreront dès le 1^{er} juin 2010 la possibilité d'exiger une exclusivité marque de leurs distributeurs mais d'une durée maximale de cinq ans. Alors que les précédents règlements promouvaient le multimarquisme, d'ailleurs sans grand succès, la soumission au règlement commun marquera donc au contraire le retour du monomarquisme ⁽¹⁴³⁾.

Sort des distributeurs automobiles – Les distributeurs sont incontestablement les grands perdants de cette réforme. Les règlements précédents leurs avaient peu à peu conféré un « statut » protecteur. Cette protection s'exprimait notamment par la reconnaissance d'une durée minimale et de longs préavis de résiliation. Le règlement 1400/2002 conditionnait, en outre, le bénéfice de l'exemption à l'obligation pour le constructeur de motiver la résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Ce même règlement écartait les clauses de

139 Règlement n° 1400/2002, art. 3.1.

140 Règlement n° 330/2010, art. 3.1.

141 Règlement n° 330/2010, art. 4, e).

142 Exception faite des accords emportant transfert de savoir-faire lorsque ces clauses sont limitées au seul point de vente pour une durée maximale d'une année.

¹⁴³ Lignes directrices, n° 26 s.

localisation permettant ainsi aux distributeurs sélectionnés d'ouvrir d'autres points de vente. Enfin, la libre cessibilité des concessions était reconnue entre les membres d'un réseau sans besoin d'agrément de la part du constructeur ; ce qui a certainement contribué à la concentration des entreprises de distribution automobile. Ces avantages disparaîtront le 1^{er} juin 2013. La Commission recommande aux constructeurs d'adopter et de respecter des codes de bonne conduite censés pallier cet abandon des conditions protectrices (¹⁴⁴).

II. – Le régime des accords de services ou de distribution des pièces détachées

Concernant les accords de services ou de distribution des pièces détachées, le règlement n° 461/2010 est applicable dès le 1^{er} juin 2010. La Commission a considéré que ce marché nécessitait un régime particulier afin de faire baisser le cout d'entretien des véhicules (¹⁴⁵) ; pour ce faire, il convient de garantir l'accès au marché en question. Cet accès au marché de la réparation et des pièces détachés a dicté les conditions pour bénéficier de l'exemption (A) ; par ailleurs les lignes directrices mettent en garde contre d'autres comportements condamnables (B).

A. – Les conditions d'exemption

Pour être exemptés en vertu dudit règlement, ces accords doivent non seulement remplir les conditions fixées pour bénéficier d'une exemption au titre du règlement général n° 330/2010, mais aussi ne contenir aucune des restrictions graves à la concurrence, généralement qualifiées de « restrictions caractérisées » dont la liste figure à l'article 5 du règlement n° 461/2010 :

- La restriction de la vente de pièces de rechange pour véhicules automobiles par les membres d'un système de distribution sélective à des réparateurs indépendants qui utilisent ces pièces pour la réparation ou l'entretien d'un véhicule automobile ;
- La restriction convenue entre un fournisseur de pièces de rechange, d'outils de réparation, d'équipements de diagnostic et un constructeur automobile qui limite la faculté du fournisseur de vendre ces produits à des distributeurs agréés ou indépendants, à des réparateurs agréés ou indépendants ou à des utilisateurs finals ;
- La restriction convenue entre un constructeur automobile qui utilise des composants pour le montage initial des véhicules automobiles et le fournisseur de ces composants, qui limite la faculté du fournisseur d'apposer visiblement sa marque ou son logo sur des composants ou pièces de rechange.

B. – Les mises en garde

Permettre l'accès au marché est la première condition à une concurrence suffisante, s'assurer que des entreprises ou réseaux importants puissent s'y maintenir et s'y faire connaître est la seconde. La Commission a donc privilégié le recours à la distribution

¹⁴⁴ Lignes directrices, n° 7.

¹⁴⁵ Lignes directrices, n° 15.

sélective (146). Comme elle le souligne la distribution sélective purement qualitative est généralement considérée comme ne relevant pas de l'article 101 § 1 du traité du fait de l'absence d'effets préjudiciables à la concurrence (147) ; les accords de distribution sélective qualitative conclus avec des réparateurs agréés et/ou des distributeurs de pièces de rechange agréés peuvent toutefois méconnaître ledit article. Les lignes directrices mettent en exergue différentes situations dans lesquelles l'accord pourrait constituer une entente prohibée qui ne serait pas exemptée.

Accès des opérateurs indépendants aux informations techniques – Les fournisseurs communiquent à leurs réparateurs agréés les informations techniques nécessaires à la réparation et l'entretien des véhicules automobiles de leurs marques ; ils sont très souvent les seules entreprises à même de fournir aux réparateurs toutes les informations techniques dont ils ont besoin. Dans ces conditions, si le fournisseur ne donne pas aux opérateurs indépendants un accès approprié aux informations techniques nécessaires pour réparer ou entretenir des véhicules automobiles de sa marque, les effets préjudiciables éventuels des accords qu'il a conclus avec les réparateurs et/ou les distributeurs de pièces de rechange agréés pourraient être aggravés, et faire entrer ces accords dans le champ d'application de l'article 101 § 1 du traité ⁽¹⁴⁸⁾.

Utilisation abusive des garanties – Les accords en question peuvent également méconnaître l'article 101 § 1 du traité, si le fournisseur et les membres de son réseau agréé réservent directement ou indirectement les réparations de certaines catégories de véhicules automobiles aux membres du réseau agréé ⁽¹⁴⁹⁾. Tel est le cas lorsque la garantie du constructeur vis-à-vis de l'acheteur est liée à la condition que l'utilisateur final fasse effectuer les travaux de réparation et d'entretien qui ne sont pas couverts par la garantie, exclusivement par les réseaux de réparateurs agréés, ou à l'utilisation des pièces de rechange de la marque du constructeur pour les remplacements qui ne sont pas couverts par la garantie.

Accès au réseau de réparateurs indépendants – La concurrence entre réparateurs agréés et réparateurs indépendants n'est pas la seule forme de concurrence qui doit être prise en compte lors de l'analyse de la compatibilité des accords conclus avec des réparateurs agréés avec l'article 101 du traité ⁽¹⁵⁰⁾. Les réparateurs agréés du réseau en cause doivent être à même de se concurrencer. L'un des principaux facteurs favorisant l'intensité de cette concurrence est lié au nombre de ces réparateurs et donc aux conditions d'accès au réseau établies par les accords types. La Commission considère donc important que l'accès aux réseaux de réparateurs agréés reste généralement ouvert à toutes les sociétés qui répondent aux critères de qualité définis. Ainsi, comme le soulignent les lignes directrices, soumettre les candidats à une sélection quantitative risque de faire entrer l'accord dans le champ d'application de l'article 101 § 1 du traité. La distribution sélective purement qualitative est donc particulièrement encouragée.

¹⁴⁶ Lignes directrices, n° 42 s.

¹⁴⁷ Lignes directrices, n° 62.

¹⁴⁸ Lignes directrices, n° 63.

¹⁴⁹ Lignes directrices, n° 69.

¹⁵⁰ Lignes directrices, n° 70.

Le règlement n° 461/2010 expire le 31 mai 2023 à l'instar du règlement général n° 330/2010.

CHRONIQUE DE DROIT DE LA DISTRIBUTION rédigée par Daniel Mainguy professeur à la faculté de droit de Montpellier - avocat

et Jean-Louis Respaud maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier

et Stéphane Destours maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier - avocat

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 11 Avril 2013, 1200

6. - Distribution automobile : la Commission de l'UE et l'Autorité de la concurrence veillent sur les marchés des services de réparation et d'entretien et des pièces détachées. - Le 27 août 2012, la Commission a publié une liste de « **Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile** ». Il s'agit de compléter les lignes directrices (*JOUE n° C 138, 28 mai 2010, p. 16*) relatives à l'application du règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant le secteur automobile (*JOUE n° L 129, 28 mai 2010, p. 52*). L'objectif est d'éclairer les entreprises du secteur mais également les « praticiens de la justice ». En 18 question-réponses, la Commission aborde ainsi les principales difficultés relatives aux garanties, à l'entretien dans le cadre du crédit-bail, aux pièces de rechanges, à l'acquisition et l'utilisation d'outils électroniques ainsi qu'à l'accès aux informations techniques ou à celui des réseaux de réparateurs agréés. La disponibilité des données, des outils techniques mais également des pièces est en effet capitale pour le secteur. Une attention particulière est ainsi portée au sort des réparateurs indépendants. Une attention d'ailleurs partagée, au plan national, avec l'Autorité de la concurrence qui a rendu le 8 octobre 2012 son avis sur le fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange (*Aut. conc., avis n° 12-A-21, 8 oct. 2012*). Afin de favoriser la concurrence et ainsi de permettre une dynamisation du secteur et une baisse des prix, l'Autorité prône l'ouverture progressive du monopole sur les « pièces visibles » (éléments de carrosserie, pare-brise, optiques, rétroviseurs...) mais uniquement destinées à la réparation et non à la « première monte », c'est-à-dire destinées à l'assemblage des véhicules neufs, activité pour laquelle, la protection accordée aux constructeurs doit être conservée selon l'Autorité. En revanche, il est recommandé par celle-ci que les équipementiers de première monte puissent librement commercialiser les pièces de rechange qu'ils fabriquent notamment afin, d'une part, de desserrer leurs liens avec les constructeurs et, d'autre part, de faciliter l'intervention des réparateurs indépendants. À cet effet, l'Autorité préconise une modification des règles de la propriété intellectuelle permettant à ces équipementiers fabriquant pour un constructeur d'effacer son logo. Elle recommande également un renforcement des contrôles et des sanctions concernant les entraves à l'accès aux informations techniques des constructeurs. Tant au niveau européen que national, les marchés concernés sont donc sous surveillance.

Stéphane Destours et Jean-Louis Respaud

5. - **Réseaux de distribution et clientèle.** - Par plusieurs contrats à durée déterminée, la société Peugeot avait confié à la société concessionnaire la distribution exclusive de véhicules automobiles de sa marque sur une certaine zone. S'estimant victime du non-renouvellement abusif du dernier contrat conclu et de diverses fautes commises par le concédant, le concessionnaire a assigné la société Peugeot. Il lui reprochait notamment d'avoir détourné et utilisé illégalement son fichier clients. Aux dires de la demanderesse, le détournement aurait eu lieu grâce à l'utilisation du fichier clients de celle-ci, que le concédant se serait attribué illégalement en copie grâce au système informatique. La chambre commerciale de la Cour de cassation (**Cass. com., 6 mai 2008, n° 06-11.968, Sté Ginoux c/ Sté Automobiles Peugeot, inédit**) approuve la cour d'appel d'avoir refusé de faire droit à cette prétention en affirmant que « la clientèle constituée par le concessionnaire pour l'exploitation de la marque Peugeot est attachée à cette marque ». Que signifie cette phrase ? Plus précisément quel sens donné au participe passé « attaché » ? S'agit-il d'apprécier l'appartenance de la clientèle, certains, omettant au passage la *summa divisio* entre personnes et choses, diront la propriété de la clientèle ? La Cour de cassation a déjà utilisé ce terme « attachée » à propos de la clientèle notamment dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile reconnaissant qu'un franchisé est titulaire de son fonds de commerce (*Cass. 3e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732 : JurisData n° 2002-013715 ; Bull. civ. 2002, III, n° 77 ; JCP G 2002, II, 10112, note F. Auque ; D. 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; M.-P. Dumont-Lefranc, Le statut des baux commerciaux et les contrats de distribution : RTD. com. 2003, p. 43 ; Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 29, n° 3, obs. J.-L. Respaud*). Un peu à la manière d'un ancien Premier ministre discourant à propos de « la France d'en haut » et de « la France d'en bas », l'arrêt en question distinguait la clientèle nationale de la clientèle locale : « si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé ». Nous ne comprenons toujours pas le sens juridique et l'intérêt d'une telle distinction. En effet, comme l'avait fait si justement observer Jean Derruppé, les consommateurs sont les clients du distributeur et les distributeurs sont les clients du fournisseur (*obs. ss CA Paris, 4 oct. 2000, 2 arrêts : RTD com. 2001, p. 50*). À l'occasion de ces arrêts du 4 octobre 2000, la cour d'appel de Paris a adopté une conception moins étriquée du fonds de commerce : « le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire la perte des investissements qu'ils ont faits pour l'acquérir, la maintenir et la développer » (*JCP E 2001, p. 324, note B. Boccara ; D. 2001, p. 301, obs. D. Ferrier ; D. 2001, p. 1718, note H. Kenfack ; D. 2001, p. 380, obs. A.-L. Monéger-Dupuis ; RJDA 2001, n° 426 ; Cah. dr. entr. 2001, n° 4, p. 26, n° 4, obs. J.-L. Respaud*). Le rappel de ces arrêts de la cour de Paris met en évidence l'inutilité de la distinction introduite par la Cour de cassation et réitéré par l'arrêt commenté mais également la confusion sur laquelle elle se fonde. Bien entendu que des clients peuvent être attachés à une marque de notoriété nationale, au sens de généralement attirés par les produits de celle-ci, mais est-ce une raison pour construire à partir de cette observation purement factuelle et commerciale un fondement ou une notion juridique ? La clientèle ne peut être juridiquement composée que des acheteurs ou

utilisateurs contractant avec le commerçant ; répétons-le : les consommateurs sont les clients du distributeur et les distributeurs sont les clients du fournisseur (*J. Derruppé, obs. préc. ; V. égal. J.-J. Burst et D. Ferrier, Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence : Cah. dr. entr. 1983, n° 1, p. 21 ; H. Bensoussan, La clientèle du franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement : D. 2001, p. 2498*). Soulignons enfin que si un fournisseur n'est pas tenu d'assister son ancien distributeur à l'issue du contrat, comme l'a précisé un arrêt rendu le 6 mai 2002 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (*JurisData n° 2002-014206 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 81 ; JCP G 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 134, note L. Leveneur ; D. 2002, p. 2842, obs. D. Mazeaud. – comp. Cass. com., 2 juill. 2002 : D. 2003, p. 93, note D. Mazeaud*) ; il lui est en revanche interdit de lui nuire à cette même occasion ou d'en profiter indûment (*J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 19*).

Jean-Louis Respaud

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 11 Avril 2013, 1200

5. - **Distribution sélective et Internet.** - Saisie par le ministre de l'Économie, en application de l'article L. 462-5 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence a rendu, le 12 décembre 2012, une décision sanctionnant les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S à hauteur de 900 000 euros pour avoir interdit aux distributeurs agréés français de vendre par Internet les produits de la marque (***Aut. conc., 12 déc. 2012, n° 12-D-23***). La décision relate que l'ensemble des 48 distributeurs du réseau de distribution sélective de la marque Bang & Olufsen était visé par cette politique commerciale couvrant ainsi l'ensemble du territoire national. Bien que permettant à ses distributeurs de disposer d'un site Internet, dès lors qu'ils respectaient la charte graphique du réseau et avaient reçu agrément pour ce faire, le fournisseur interdisait à ceux-ci toutes ventes à distance. Or, dans un système de distribution sélective, comme en l'espèce, les distributeurs doivent être libres de vendre à tous les utilisateurs finals, y compris sur Internet. L'Autorité souligne, par ailleurs, que cette interdiction a limité la concurrence intra-marque privant ainsi les consommateurs de prix moins élevés et limitant leur choix. Pour sa part, le fournisseur faisait valoir que ses produits de haute technologie nécessitent une installation et une programmation spécifiques ainsi que des conseils adaptés auprès de chaque consommateur, autant de conditions que la distribution par Internet ne permet pas de satisfaire. En réponse à ces explications, l'Autorité a décidé que : « La pratique anticoncurrentielle en cause en l'espèce doit donc être considérée comme une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010, ne pouvant bénéficier de ce fait d'une exemption par catégorie ». Bien que parvenant au même résultat, la CJUE avait pourtant peut-être été moins radicale à l'occasion d'un arrêt rendu le 13 octobre 2011 (***CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ président de l'Autorité de la concurrence***). En effet, si à l'occasion de cet arrêt, la Cour avait rappelé que la clause d'un contrat de distribution sélective qui interdit aux membres du réseau de vendre par Internet constituait une restriction de concurrence « par objet », demeurait toutefois la possibilité que cette pratique soit objectivement justifiée. Une telle justification n'avait d'ailleurs pas été retenue en l'espèce puisque la Cour avait souligné que la nécessité de préserver « l'image de prestige » des produits du groupe Pierre Fabre ne constituait pas « un

objectif légitime pour restreindre la concurrence ». Il semble donc que ni l'image de prestige ou de luxe, ni la haute technologie des produits ne suffisent à légitimer l'interdiction faite par un fournisseur aux distributeurs agréés de vendre par Internet.

Stéphane Destours et Jean-Louis Respaud

ANNEXES

- Articles 101 et 102, TFUE
- Règlement (UE) n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010
- Règlement (UE) n° 461/2010 de la commission du 27 mai 2010
- Articles L. 420-1 à L.420-7 du Code de commerce
- Articles L. 442-1 à L.442-8 du Code de commerce

Article 101

(ex-article 81 TCE)

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 102

(ex-article 82 TCE)

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

RÈGLEMENT (UE) N° 330/2010 DE LA COMMISSION

du 20 avril 2010

concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées⁽¹⁾, et notamment son article 1^{er},

après publication d'un projet du présent règlement,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, considérant ce qui suit:

- (1) En vertu du règlement n° 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁽²⁾ à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité.
- (2) Le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées⁽³⁾ définit une catégorie d'accords verticaux dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Eu égard aux résultats globalement positifs de l'application de ce règlement, qui expire le 31 mai 2010, et à l'expérience supplémentaire acquise depuis son adoption, il y a lieu d'adopter un nouveau règlement d'exemption par catégorie.
- (3) La catégorie d'accords dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme «accords verticaux» doit inclure les pratiques concertées correspondantes.
- (4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité par voie de règlement, de définir les accords verticaux susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité. L'évaluation individuelle d'accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité exige la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment la structure de marché du côté de l'offre et de la demande.

-
- (5) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (6) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.
- (7) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence que celles-ci doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens et de services que les clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.
- (8) On peut présumer, lorsque la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30%, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions graves de concurrence ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages qui en résultent.
- (9) Au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, il n'est pas possible de présumer que les accords verticaux relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité entraînent généralement des avantages objectifs de nature et de taille à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence. En même temps, ces accords verticaux ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (10) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficacité. En particulier, les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées.
- (11) Afin de garantir l'accès au marché en cause ou de prévenir toute collusion sur ce marché, l'exemption par catégorie doit être subordonnée à certaines conditions. À cette fin, l'exemption des obligations de non-concurrence doit être limitée à celles qui ne dépassent pas une certaine durée. Pour les mêmes raisons, toute obligation directe ou indirecte imposant aux membres d'un système de distribution sélective l'obligation de ne pas vendre les marques de certains fournisseurs concurrents doit être exclue du bénéfice du présent règlement.
- (12) Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords verticaux de l'exemption prévue par le présent règlement ainsi que les conditions auxquelles celui-ci subordonne l'exemption font normalement en sorte que les accords

auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donnent pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

- (13) Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ⁽⁴⁾, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (14) L'autorité de concurrence d'un État membre peut, en vertu de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, retirer le bénéfice de l'application du présent règlement pour l'ensemble ou pour une partie du territoire d'un État membre, si dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur l'ensemble ou sur une partie du territoire de cet État membre et lorsque ce territoire présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct.
- (15) Pour déterminer si le bénéfice de l'application du présent règlement doit être retiré en vertu de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003, les effets anti-concurrentiels qui peuvent résulter de l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès à un marché en cause ou la concurrence à l'intérieur de celui-ci, sont particulièrement importants. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de la distribution sélective ou des obligations de non concurrence.
- (16) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets anti-concurrentiels similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut, par voie de règlement, déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché en cause, restaurant ainsi la pleine application de l'article 101 du traité à l'égard de ces accords,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier

Définitions

1. Aux fins du présent règlement, on entend par:
 - a) «accord vertical», un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
 - b) «restriction verticale», une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité;

-
- c) «entreprise concurrente», un concurrent actuel ou potentiel; «concurrent actuel», une entreprise présente sur le même marché en cause; «concurrent potentiel», une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs;
- d) «obligation de non-concurrence», toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;
- e) «système de distribution sélective», un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;
- f) «droits de propriété intellectuelle», les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins;
- g) «savoir-faire», un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; «substantiel» se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; «identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité;
- h) «acheteur», entre autres, une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise;
- i) «client de l'acheteur», une entreprise non partie à l'accord qui achète les biens ou services contractuels à un acheteur partie à l'accord.

2. Aux fins du présent règlement, les termes «entreprise», «fournisseur» et «acheteur» comprennent leurs entreprises liées respectives.

Sont considérées comme «entreprises liées»:

- a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose, directement ou indirectement:
- i) de plus de la moitié des droits de vote, ou

-
- ii) du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou
 - iii) du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
- b) les entreprises qui, dans une entreprise partie à l'accord, disposent, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
 - c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
 - d) les entreprises dans lesquelles une entreprise partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c), ou dans lesquelles deux ou plus de deux de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
 - e) les entreprises dans lesquelles les droits ou les pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:
 - i) des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d), ou
 - ii) une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs des entreprises qui leur sont liées visées aux points a) à d) et un ou plusieurs tiers.

Article 2

Exemption

1. Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales.

2. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique qu'aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres sont détaillants de biens et sous réserve qu'aucun des membres individuels de cette association, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros. Les accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 101 du traité aux accords horizontaux conclus par les membres de l'association et aux décisions adoptées par l'association.

3. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, ces dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement.

4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. Toutefois, l'exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

- a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que
- b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

5. Le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit.

Article 3

Seuil de part de marché

1. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

2. Aux fins du paragraphe 1, lorsque, aux termes d'un accord multipartite, une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord, la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché prévu dans ce paragraphe, en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption prévue à l'article 2 s'applique.

Article 4

Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie — restrictions caractérisées

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet:

- a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;
- b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de:
 - i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur,
 - ii) restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché,

-
- iii) restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, et
 - iv) restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
- e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.

Article 5

Restrictions exclues

1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:

- a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans;
- b) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Aux fins du premier alinéa du paragraphe 1, point a), une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

2. Par dérogation au paragraphe 1, point a), la limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur.

3. Par dérogation au paragraphe 1, point b), l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies:

-
- a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels;
 - b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat;
 - c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur;
 - d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Le paragraphe 1, point b), ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.

Article 6

Non-application du présent règlement

Conformément à l'article 1 *bis* du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

Article 7

Application du seuil de part de marché

Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 3, les règles suivantes s'appliquent:

- a) la part de marché du fournisseur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché et la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des achats sur le marché. À défaut, la détermination de la part de marché de l'entreprise considérée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci;
- b) la part de marché est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente;
- c) la part de marché du fournisseur inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs verticalement intégrés aux fins de la vente;
- d) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 %, mais franchit ensuite ce seuil sans dépasser 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil de 30 % a été dépassé pour la première fois;
- e) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 % mais dépasse ensuite 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le seuil de 35 % a été dépassé pour la première fois;

f) le bénéfice des points d) et e) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles;

g) la part de marché détenue par les entreprises visées à l'article 1^{er}, paragraphe 2, second alinéa, point e), doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, second alinéa, point a).

Article 8

Application du seuil de chiffre d'affaires

1. Le chiffre d'affaires annuel total au sens de l'article 2, paragraphe 2, résulte de l'addition du chiffre d'affaires, hors taxes et autres redevances, réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie à l'accord vertical concernée et du chiffre d'affaires réalisé par ses entreprises liées, en ce qui concerne tous les biens et services. À cette fin, il n'est pas tenu compte des transactions intervenues entre la partie à l'accord vertical et ses entreprises liées ni de celles intervenues entre ces dernières entreprises.

2. L'exemption prévue à l'article 2 reste applicable si, pendant une période de deux exercices annuels consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

Article 9

Période de transition

L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1^{er} juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) n° 2790/1999.

Article 10

Période de validité

Le présent règlement entre en vigueur le 1^{er} juin 2010.

Il expire le 31 mai 2022.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 20 avril 2010.

Par la Commission

Le président

José Manuel BARROSO

(1) JO 36 du 6.3.1965, p. 533.

(2) À compter du 1^{er} décembre 2009, l'article 81 du traité CE est devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les deux dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins du présent règlement, les références faites à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'entendent, s'il y a lieu, comme faites à l'article 81 du traité CE.

(3) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

(4) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

RÈGLEMENT (UE) N° 461/2010 DE LA COMMISSION

du 27 mai 2010

concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées ⁽¹⁾, et notamment son article 1^{er},

après publication d'un projet du présent règlement,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

- (1) En vertu du règlement n° 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ⁽²⁾ à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, dudit traité. Les règlements d'exemption par catégorie s'appliquent à des accords verticaux qui remplissent certaines conditions et peuvent avoir soit une portée générale, soit une portée sectorielle.
- (2) La Commission a défini une catégorie d'accords verticaux dont elle considère qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité et a adopté, à cette fin, le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ⁽³⁾, qui remplace le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission ⁽⁴⁾.
- (3) Le secteur automobile, qui comprend les voitures particulières et les véhicules utilitaires, est couvert par des règlements d'exemption par catégorie spécifiques depuis 1985, le plus récent étant le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ⁽⁵⁾. Dans le règlement (CE) n° 2790/1999, il était expressément mentionné que celui-ci ne s'appliquait pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie. Le secteur automobile n'entraîne donc pas dans le champ d'application dudit règlement.
- (4) Le règlement (CE) n° 1400/2002 expire le 31 mai 2010. Le secteur automobile doit toutefois continuer à bénéficier d'une exemption par catégorie afin de simplifier

l'administration et de réduire les coûts de mise en conformité pour les entreprises concernées, tout en assurant une surveillance efficace des marchés conformément à l'article 103, paragraphe 2, point b), du traité.

- (5) L'expérience acquise depuis 2002 en matière de distribution de véhicules automobiles neufs, de distribution de pièces de rechange, ainsi que de fourniture de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles permet de définir une catégorie d'accords verticaux dans le secteur automobile dont on peut considérer qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (6) Cette catégorie inclut les accords verticaux d'achat, de vente ou de revente de véhicules automobiles neufs, les accords verticaux d'achat, de vente ou de revente de pièces de rechange de véhicules automobiles et les accords verticaux de fourniture de services de réparation et d'entretien de ces véhicules, lorsque ces accords sont conclus entre des entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants ou de réparateurs. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Les termes «accords verticaux» doivent par conséquent être définis de manière à inclure aussi bien les accords en question que les pratiques concertées correspondantes.
- (7) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution en facilitant une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent notamment diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs ventes et de leurs investissements.
- (8) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence qu'elles doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens ou de services que leurs clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Les accords verticaux qui contiennent des restrictions susceptibles de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs, ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficacité, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie.
- (9) Pour pouvoir définir le champ d'application approprié d'un règlement d'exemption par catégorie, la Commission doit tenir compte des conditions de la concurrence dans le secteur concerné. À cet égard, les conclusions du suivi approfondi du secteur automobile exposées dans le rapport d'évaluation du 28 mai 2008 sur le fonctionnement du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission ⁽⁶⁾ et dans la communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ⁽⁷⁾ ont montré qu'il convient d'établir une distinction entre les accords de distribution de véhicules automobiles neufs et les accords de fourniture de services de réparation et d'entretien et de distribution de pièces de rechange.

-
- (10) S'agissant de la distribution de véhicules automobiles neufs, il n'y a apparemment aucun dysfonctionnement important de la concurrence qui pourrait distinguer ce secteur d'autres secteurs économiques et qui pourrait requérir l'application de règles différentes et plus strictes que celles prévues par le règlement (UE) n° 330/2010. Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords verticaux de l'exemption prévue par ledit règlement, ainsi que les autres conditions auxquelles celui-ci subordonne l'exemption garantissent en principe que les accords verticaux de distribution de véhicules automobiles neufs respectent les conditions prévues par l'article 101, paragraphe 3, du traité. De tels accords doivent par conséquent bénéficier de l'exemption prévue par le règlement (UE) n° 330/2010, sous réserve du respect de l'ensemble des conditions qu'il établit.
- (11) Pour les accords de distribution de pièces de rechange et les accords de fourniture de services de réparation et d'entretien, il y a lieu de prendre en compte certaines caractéristiques spécifiques du marché de l'après-vente automobile. L'expérience acquise par la Commission dans l'application du règlement (CE) n° 1400/2002 montre en particulier que les hausses de prix des travaux individuels de réparation ne se reflètent que partiellement dans la fiabilité accrue des voitures modernes et dans l'espacement des services d'entretien, ces tendances étant liées à l'évolution de la technologie et à la complexité et à la fiabilité croissantes des composants automobiles que les constructeurs automobiles achètent à des fournisseurs d'équipements d'origine. Ces derniers vendent leurs produits en tant que pièces de rechange sur le marché de l'après-vente par l'intermédiaire à la fois des réseaux de réparateurs agréés des constructeurs et des circuits indépendants, constituant ainsi une force concurrentielle importante sur le marché de l'après-vente automobile. Les frais de réparation et d'entretien automobiles supportés par les consommateurs dans l'Union représentent en moyenne une part très élevée de l'ensemble de leurs dépenses en véhicules automobiles.
- (12) Les conditions de concurrence sur le marché de l'après-vente automobile ont aussi une incidence directe sur la sécurité publique, la conduite de véhicules incorrectement entretenus pouvant être dangereuse, ainsi que sur la santé publique et l'environnement, parce que les émissions de dioxyde de carbone et d'autres polluants de l'air peuvent être plus élevées si les véhicules n'ont pas subi un entretien régulier.
- (13) Dans la mesure où il est possible de définir un marché distinct de l'après-vente, une concurrence effective sur les marchés de l'achat et de la vente de pièces de rechange et sur les marchés de fourniture de services de réparation et d'entretien des véhicules automobiles dépend du degré d'interaction, sur le plan de la concurrence, entre les réparateurs agréés appartenant à un réseau de réparateurs établi directement ou indirectement par un constructeur automobile, ainsi qu'entre opérateurs agréés et indépendants, notamment les fournisseurs de pièces de rechange et les réparateurs indépendants. La capacité de ces derniers de livrer une concurrence dépend de leur accès sans restriction à des intrants essentiels, tels que les pièces de rechange et les informations techniques.
- (14) Compte tenu de ces spécificités, les règles prévues par le règlement (UE) n° 330/2010, y compris le seuil de part de marché uniforme de 30 %, sont nécessaires mais insuffisantes pour garantir que le bénéfice de l'exemption par

catégorie soit exclusivement réservé aux accords verticaux de distribution de pièces de rechange et de fourniture de services de réparation et d'entretien dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.

- (15) C'est pourquoi les accords verticaux de distribution de pièces de rechange et de fourniture de services de réparation et d'entretien doivent bénéficier de l'exemption par catégorie uniquement s'ils respectent, outre les conditions d'exemption énoncées dans le règlement (UE) n° 330/2010, des exigences plus strictes concernant certains types de restrictions graves de la concurrence susceptibles de limiter l'approvisionnement et l'utilisation de pièces de rechange sur le marché de l'après-vente automobile.
- (16) Le bénéfice de l'exemption par catégorie ne doit, en particulier, pas être accordé aux accords qui restreignent la vente de pièces de rechange par des membres du système de distribution sélective d'un constructeur automobile à des réparateurs indépendants qui les utilisent dans des services de réparation ou d'entretien. Faute d'accès à de telles pièces de rechange, ces réparateurs indépendants ne peuvent pas concurrencer efficacement les réparateurs agréés puisqu'ils ne peuvent pas fournir aux consommateurs des services de qualité contribuant à la sécurité et à la fiabilité du fonctionnement des véhicules automobiles.
- (17) De plus, pour assurer une concurrence effective sur les marchés de la réparation et de l'entretien, et pour permettre aux réparateurs d'offrir aux utilisateurs finals des pièces de rechange concurrentes, l'exemption par catégorie ne doit pas couvrir les accords verticaux qui, tout en respectant les dispositions du règlement (UE) n° 330/2010, restreignent néanmoins la faculté d'un fabricant de pièces de rechange de vendre ses produits à des réparateurs agréés membres du système de distribution d'un constructeur automobile, à des distributeurs indépendants de pièces de rechange, à des réparateurs indépendants ou à des utilisateurs finals. Cela n'affecte pas la responsabilité civile des fabricants de pièces de rechange, ni la faculté des constructeurs automobiles d'exiger des réparateurs agréés de leur circuit de distribution qu'ils utilisent exclusivement des pièces de rechange d'une qualité équivalente aux composants utilisés pour l'assemblage d'un véhicule automobile donné. De surcroît, comme les constructeurs automobiles ont une responsabilité contractuelle directe en cas de réparations sous garantie, d'entretiens gratuits et d'actions de rappel, l'exemption doit être applicable aux accords imposant au réparateur agréé l'obligation d'utiliser exclusivement les pièces de rechange fournies par le constructeur automobile pour ces réparations.
- (18) Enfin, afin de permettre aux réparateurs agréés et indépendants, ainsi qu'aux utilisateurs finals, d'identifier le fabricant des composants ou pièces de rechange des véhicules automobiles et de choisir entre des pièces de rechange alternatives, l'exemption par catégorie ne doit pas être applicable aux accords en vertu desquels un constructeur automobile limite la capacité d'un fabricant de composants ou de pièces de rechange d'origine d'apposer effectivement et visiblement sa marque ou son logo sur ces pièces.
- (19) Afin de donner à tous les opérateurs le temps nécessaire pour s'adapter aux dispositions du présent règlement, il convient de proroger jusqu'au 31 mai 2013 la période d'application des dispositions du règlement (CE) n° 1400/2002 qui

concernent les accords verticaux d'achat, de vente et de revente de véhicules automobiles neufs. En ce qui concerne les accords verticaux de distribution de pièces de rechange et les accords de fourniture de services de réparation et d'entretien, il convient que le présent règlement leur soit applicable à partir du 1^{er} juin 2010 de manière à continuer de garantir une protection appropriée de la concurrence sur les marchés de l'après-vente automobile.

- (20) La Commission surveillera, de manière continue, l'évolution du secteur automobile et prendra les mesures correctrices qui s'imposent si des dysfonctionnements de la concurrence risquant de nuire aux consommateurs se produisaient, soit sur le marché de la distribution de véhicules automobiles neufs, soit sur celui de la vente de pièces de rechange ou des services après-vente des véhicules automobiles.
- (21) La Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement, conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ⁽⁸⁾ si elle constate, dans un cas particulier, qu'un accord, auquel l'exemption prévue dans le présent règlement s'applique, produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (22) L'autorité de concurrence d'un État membre peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement, en vertu de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, pour l'ensemble ou une partie de son territoire lorsque, dans un cas particulier, un accord auquel s'applique l'exemption prévue par le présent règlement produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur l'ensemble ou sur une partie de son territoire, et que ce territoire présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct.
- (23) Pour déterminer s'il convient de retirer le bénéfice de l'application du présent règlement en vertu de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003, les effets préjudiciables à la concurrence susceptibles de résulter de l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets similaires restreignant d'une manière significative l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché revêtent une importance particulière. De tels effets cumulatifs peuvent par exemple se produire dans les cas de distribution sélective ou d'obligations de non-concurrence.
- (24) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets anticoncurrentiels similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut, par voie de règlement, déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions spécifiques concernant le marché en cause, restaurant ainsi la pleine application de l'article 101 du traité à l'égard de ces accords.
- (25) Afin d'évaluer les effets du présent règlement sur la concurrence dans les domaines de la distribution automobile, de la fourniture de pièces de rechange et du service après-vente des véhicules automobiles dans le marché intérieur, il

convient d'élaborer un rapport d'évaluation sur le fonctionnement du présent règlement,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

CHAPITRE I

DISPOSITIONS COMMUNES

Article premier

Définitions

1. Aux fins du présent règlement, on entend par:
 - a) «accord vertical», un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
 - b) «restriction verticale», une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité;
 - c) «réparateur agréé», un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui opère au sein du système de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles;
 - d) «distributeur agréé», un distributeur de pièces de rechange pour véhicules automobiles qui opère au sein du système de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles;
 - e) «réparateur indépendant»,
 - i) un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'opère pas au sein du système de distribution créé par le fournisseur des véhicules automobiles dont il assure la réparation ou l'entretien;
 - ii) un réparateur agréé opérant au sein du système de distribution d'un fournisseur donné dans tous les cas où il fournit des services de réparation ou d'entretien de véhicules automobiles provenant d'un autre fournisseur au système de distribution duquel il n'appartient pas;
 - f) «distributeur indépendant»,
 - i) un distributeur de pièces de rechange pour véhicules automobiles qui n'opère pas au sein du système de distribution créé par le fournisseur des véhicules automobiles pour lesquels il distribue des pièces de rechange;
 - ii) un distributeur agréé opérant au sein du système de distribution d'un fournisseur donné dans tous les cas où il distribue des pièces de rechange pour véhicules automobiles provenant d'un autre fournisseur au système de distribution duquel il n'appartient pas;
 - g) «véhicule automobile», un véhicule autopropulsé à trois roues ou plus destiné à être utilisé sur la voie publique;

h) «pièces de rechange», des biens qui sont destinés à être montés dans ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule, y compris des biens tels que les lubrifiants qui sont nécessaires à l'utilisation d'un véhicule automobile, à l'exception du carburant;

i) «système de distribution sélective», un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système.

2. Aux fins du présent règlement, les termes «entreprise», «fournisseur», «constructeur», «fabricant» et «acheteur» comprennent leurs entreprises liées respectives.

Par «entreprises liées», il faut entendre:

a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord détient, directement ou indirectement:

i) plus de la moitié des droits de vote, ou

ii) le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou

iii) le droit de gérer les affaires de l'entreprise;

b) les entreprises qui, dans une entreprise partie à l'accord, détiennent, directement ou indirectement, les droits ou les pouvoirs énumérés au point a);

c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) détient, directement ou indirectement, les droits ou les pouvoirs énumérés au point a);

d) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c), ou deux ou plusieurs de ces dernières, détiennent ensemble les droits ou les pouvoirs énumérés au point a);

e) les entreprises dans lesquelles les droits ou les pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:

i) des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d), ou

ii) une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs de leurs entreprises liées visées aux points a) à d), et un ou plusieurs tiers.

CHAPITRE II

ACCORDS VERTICAUX PORTANT SUR L'ACHAT, LA VENTE OU LA REVENTE DE VÉHICULES AUTOMOBILES NEUFS

Article 2

Application du règlement (CE) n° 1400/2002

En vertu de l'article 101, paragraphe 3, du traité, l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, du 1^{er} juin 2010 au 31 mai 2013, aux accords verticaux relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles neufs, qui satisfont aux conditions d'exemption prévues par le règlement (CE) n° 1400/2002 concernant spécifiquement les accords verticaux d'achat, de vente ou de revente de véhicules automobiles neufs.

Article 3

Application du règlement (UE) n° 330/2010

Le règlement (UE) n° 330/2010 s'applique aux accords verticaux portant sur l'achat, la vente ou la revente de véhicules automobiles neufs à partir du 1^{er} juin 2013.

CHAPITRE III

ACCORDS VERTICAUX DANS LE SECTEUR DE L'APRÈS-VENTE AUTOMOBILE

Article 4

Exemption

Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords verticaux relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des pièces de rechange de véhicules automobiles, ou fournir des services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles, qui satisfont aux conditions d'exemption prévues par le règlement (UE) n° 330/2010 et qui ne contiennent aucune des restrictions caractérisées énumérées à l'article 5 du présent règlement.

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales.

Article 5

Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie — restrictions caractérisées

L'exemption prévue à l'article 4 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet:

- a) la restriction de la vente de pièces de rechange pour véhicules automobiles par les membres d'un système de distribution sélective à des réparateurs indépendants qui utilisent ces pièces pour la réparation et l'entretien d'un véhicule automobile;
- b) la restriction convenue entre un fournisseur de pièces de rechange, d'outils de réparation, d'équipements de diagnostic ou d'autres équipements, et un constructeur automobile, qui limite la faculté du fournisseur de vendre ces produits à des distributeurs agréés ou indépendants, à des réparateurs agréés ou indépendants ou à des utilisateurs finals;

c) la restriction convenue entre un constructeur automobile qui utilise des composants pour le montage initial des véhicules automobiles et le fournisseur de ces composants, qui limite la faculté du fournisseur d'apposer effectivement et visiblement sa marque ou son logo sur les composants fournis ou sur les pièces de rechange.

CHAPITRE IV DISPOSITIONS FINALES

Article 6

Non-application du présent règlement

Conformément à l'article 1^{er} *bis* du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

Article 7

Surveillance et rapport d'évaluation

La Commission surveille l'application du présent règlement et établit un rapport sur son fonctionnement au plus tard le 31 mai 2021, en particulier sous l'angle des conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité.

Article 8

Période de validité

Le présent règlement entre en vigueur le 1^{er} juin 2010.

Il expire le 31 mai 2023.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 27 mai 2010.

Par la Commission

Le président

José Manuel BARROSO

(1) JO 36 du 6.3.1965, p. 533/65.

(2) À compter du 1^{er} décembre 2009, l'article 81 du traité CE est devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les deux articles sont, en substance, identiques. Aux fins du présent règlement, les références faites à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'entendent, s'il y a lieu, comme faites à l'article 81 du traité CE.

(3) JO L 102 du 23.4.2010, p. 1.

(4) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

(5) JO L 203 du 1.8.2002, p. 30.

(6) SEC(2008) 1946.

(7) COM(2009) 388.

(8) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

CODE DE COMMERCE

Des pratiques anticoncurrentielles

Article L420-1

Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 52 JORF 16 mai 2001

Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Article L420-2

Modifié par Ordonnance n°2019-698 du 3 juillet 2019 - art. 2

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.

Article L420-2-1

Créé par LOI n°2012-1270 du 20 novembre 2012 - art. 5 (V)

Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet

ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises.

Article L420-2-2

Créé par LOI n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 - art. 3 (V)

Sont prohibés les accords, les pratiques concertées et les pratiques unilatérales ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de limiter substantiellement la possibilité pour une entreprise qui exécute des prestations de transport public particulier de personnes ou des services occasionnels de transport collectif de personnes effectués au moyen de véhicules légers :

1° De recourir simultanément à plusieurs intermédiaires ou acteurs de mise en relation avec des clients en vue de la réalisation de ces prestations ;

2° Sans préjudice de l'article L. 3142-5 du code des transports, de commercialiser sans intermédiaire les services de transport qu'elle exécute ;

3° De faire la promotion, au moyen de signes extérieurs sur le véhicule, d'une ou plusieurs offres de transport, y compris celles qu'elle commercialise sans intermédiaire.

Article L420-3

Modifié par LOI n°2016-1920 du 29 décembre 2016 - art. 3 (V)

Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2.

Article L420-4

Modifié par LOI n°2016-1920 du 29 décembre 2016 - art. 3 (V)

I.- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques:

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.-Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-2-1 et L. 420-2-2 les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

Certaines catégories d'accords ou de pratiques, certains accords ou certaines pratiques, notamment lorsqu'ils ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions mentionnées au premier alinéa du présent III, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence et pour une durée ne pouvant excéder cinq ans.

Article L420-5

Modifié par LOI n°2018-938 du 30 octobre 2018 - art. 18

Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

En Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion et dans le Département de Mayotte, lorsque des denrées alimentaires identiques ou similaires à celles qui sont produites et commercialisées localement sont proposées aux consommateurs à des prix manifestement inférieurs à ceux pratiqués dans l'hexagone, la conclusion d'un accord entre les acteurs de l'importation et de la distribution, d'une part, et ceux de la production et de la transformation locales, d'autre part, peut être rendue obligatoire par le représentant de l'Etat dans le territoire. Celui-ci prend en compte les volumes de produits concernés, la situation économique des producteurs locaux et l'intérêt des consommateurs à très faibles revenus. Cet accord, dont la négociation est conduite sous l'égide de l'Etat et des collectivités compétentes en matière de développement économique, doit mentionner les opérations continues menées par la distribution afin d'offrir au consommateur des denrées produites localement ainsi que la politique menée par les producteurs locaux afin de satisfaire au mieux les besoins des consommateurs. L'accord est rendu public par arrêté préfectoral. En l'absence d'accord dans le délai de dix jours ouvrables à compter de l'ouverture des négociations, le représentant de l'Etat dans le territoire prend par arrêté toute mesure relevant de sa compétence et permettant de répondre aux objectifs précités.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

Les premier et troisième alinéas du présent article ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public.

Article L420-6

Modifié par LOI n°2016-1920 du 29 décembre 2016 - art. 3 (V)

Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2.

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

Les actes interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique.

Article L420-7

Modifié par Ordonnance n°2011-337 du 29 mars 2011 - art. 7

Sans préjudice des articles L. 420-6, L. 462-8, L. 463-1 à L. 463-4, L. 463-6, L. 463-7 et L. 464-1 à L. 464-8, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux juridictions civiles ou commerciales dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions.

Des pratiques restrictives de concurrence

Article L442-1

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

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

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

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

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

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

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

Article L442-2

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

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

Article L442-3

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité de bénéficier :

- a) Rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale;
- b) Automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant.

Article L442-4

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

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

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

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la

restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

-cinq millions d'euros ;

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

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

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

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

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

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

Article L442-5

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

I.-Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 € d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est considérée comme indépendante toute entreprise libre de

déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

II.-Les dispositions du I ne sont pas applicables :

1° Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale ;

2° Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;

3° Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;

4° Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;

5° Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;

6° A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ;

7° Aux produits soldés mentionnés à l'article L. 310-3.

Ces exceptions ne font pas obstacle à l'application du 2° de l'article L. 653-5 et du 1° de l'article L. 654-2.

III.-Les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction prévue au I encourent la peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du code pénal.

La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation.

Article L442-6

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

Est puni d'une amende de 15 000 € le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

Article L442-7

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour un acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires de faire pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas.

Pour caractériser un prix de cession abusivement bas, il est tenu compte notamment des indicateurs de coûts de production mentionnés aux articles L. 631-24, L. 631-24-1, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime ou, le cas échéant, de tous autres indicateurs disponibles dont ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires mentionné à l'article L. 682-1 du même code. Dans le cas d'une première cession, il est également tenu compte des indicateurs figurant dans la proposition de contrat du producteur agricole.

L'article L. 442-4 est applicable à l'action prévue par le présent article.

NOTA : Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-358 du 24 avril 2019, les présentes dispositions sont applicables à compter du premier jour du cinquième mois suivant cette date pour les contrats en cours d'exécution à la date de publication de la présente ordonnance.

Article L442-8

Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2

I.-Est nul le contrat par lequel un fournisseur s'engage envers toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, lorsque l'une au moins des règles suivantes n'a pas été respectée :

1° Préalablement aux enchères, l'acheteur ou la personne qui les organise pour son compte communique de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection détaillés ainsi que les règles selon lesquelles les enchères vont se dérouler ;

2° A l'issue de la période d'enchères, l'identité du candidat retenu est révélée au candidat qui, ayant participé à l'enchère, en fait la demande. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

II.-L'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte effectue un enregistrement du déroulement des enchères qu'il conserve pendant un an. Il est présenté aux agents habilités s'il est procédé à une enquête dans les conditions prévues au titre V.

III.-Les enchères à distance inversées organisées par l'acheteur ou par son représentant sont interdites pour les produits agricoles figurant sur une liste établie par décret, ainsi

que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.

IV.-Le fait de ne pas respecter les dispositions des I à III engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé.

Les dispositions de l'article L. 442-4 sont applicables aux opérations mentionnées aux I à III.