



La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 11 Avril 2013, 1200

## Droit de la distribution

Chronique Chronique rédigée par Daniel Mainguy  
professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

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

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

### DISTRIBUTION

#### Sommaire

La présente chronique couvre la jurisprudence de l'année 2012.

## 1. Les contrats de distribution

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

**1. - Information précontractuelle.**- La question de l'application de la loi *Doubin* (C. com., art. L. 330-1) est devenue tellement ordinaire qu'elle semblait ne plus évoluer sauf de manière infinitésimale. Ainsi, depuis 1998, on considère que la violation de la loi *Doubin* peut être sanctionnée sur le fondement d'un vice du consentement, à identifier et à prouver par le distributeur qui se prétendrait victime d'un consentement qui n'aurait pas été donné « en connaissance de cause », quand bien même on aurait pu considérer que l'application des règles communes rendues en matière d'obligation d'information justifiaient que ce soit à celui qui est obligé d'informer de prouver qu'il a correctement exécuté cette obligation, comme c'est le cas en matière de contrats médicaux ou dans le contrat de vente. Ce débat aurait pu durer longtemps jusqu'à ce que la Cour de cassation ne rende une décision signalée le 4 octobre 2011 (*Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; JCP G 2012, 135, note J. Ghestin ; RDC 2012, p. 9, note Th. Génicon ; RLDC, nov. 2012, 7176, note D. Mainguy*) qui décidait, en se fondant sur l'article 1110 du Code civil consacré au vice d'erreur que : « 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 situation ici était celle dans laquelle le franchiseur avait remis une étude prévisionnelle qui, en principe, ne fait pas partie des exigences posées par la loi *Doubin*, étude qui s'était révélée très surestimée. Le franchisé, failli, considérait alors, non point qu'il avait été trompé, mais qu'il avait commis une erreur sur la rentabilité de l'activité entreprise, ce qui s'est révélé très astucieux. En effet, l'arrêt relève que le franchiseur avait respecté ses obligations telles qu'elles découlaient de la loi *Doubin*, de sorte qu'on peut estimer que l'échec du franchisé repose soit sur la piètre qualité du savoir-faire objet de la franchise, soit sur la défaillance du franchisé dans sa mise en oeuvre, soit de la situation dans laquelle, de manière imprévisible, pour un savoir-faire efficace et un franchisé compétent, le concept défaille, en une forme d'« aléa contractuel ». Or cet aléa, la rentabilité attendue, est précisément celui que la Cour de cassation fait peser sur le franchiseur, en une conception très objective de la franchise. Cette formule devient ainsi un contrat d'affaires original, dans lequel la réussite contractuelle réitérée par le contrat de franchise suppose la réussite du franchisé : à défaut, c'est le franchiseur qui supporte l'erreur commise par le franchisé sur la rentabilité qu'il attendait (et à condition de prouver cette rentabilité attendue, ici facilement établie par le budget prévisionnel inutilement fourni par le franchiseur). La solution n'est d'ailleurs

pas isolée et tend à se perpétuer notamment dans un arrêt du 12 juin 2012 (*Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047 : RLDC, nov. 2012, 7176, note D. Mainguy ; D. 2012, p. 2079, note N. Dissaux*), qui se prononce sur l'erreur réalisée du fait d'informations exagérément optimistes fournies par le franchiseur (V. aussi *R. Loir, L'information du franchiseur sur le futur : D. 2012, p. 1425*).

Autre apport inattendu dans l'interprétation de la loi *Doubin*, sa considération comme loi de police par la cour d'appel de Paris dans une décision du 25 octobre 2011 (*CA Paris, 25 oct. 2011 : RDC 2012, p. 563, note J.-B. Racine*), impliquant l'application de la loi *Doubin* quand bien même un contrat, en l'espèce de franchise, aurait été conclu en désignant une loi étrangère comme loi du contrat, ici la loi québécoise. Cette question emporte d'intéressantes observations que la Cour de cassation sera sans doute appelée à trancher. Ainsi on peut s'étonner que le caractère de loi de police ait à voir avec la loi du contrat dans la mesure où la loi *Doubin* intéresse la formation du contrat et pose une obligation précontractuelle d'information. En l'espèce, la Cour a retenu plusieurs arguments pour rendre sa décision : le fait que le texte est assorti d'une sanction pénale, question qui a déjà fait les beaux jours des controverses jurisprudentielles avant l'arrêt *ED* de 1998, que la loi belge de 2005 confère explicitement ce caractère à ses dispositions et enfin que le contrat litigieux visait le délai de vingt jours de l'article L. 330-3 du Code de commerce. On peut ne pas être totalement convaincu (*CA Paris, 30 nov. 2001 : Dr. et patrimoine juin 2002, p. 111, obs. D. Mainguy ; Cah. dr. entr. 2002, n° 3, p. 29, obs. J. Raynard*), par exemple sur le caractère explicite de la loi belge comparé à la virtualité de celui-ci dans la norme française, mais la solution dépendra du degré d'intervention que choisira la Cour de cassation : les lois de police sont l'expression d'un interventionnisme national dans le contrôle des contrats internationaux.

Par ailleurs, si l'information précontractuelle s'impose à l'occasion de la formation d'un contrat, elle s'impose également à l'occasion du renouvellement de ce contrat (*Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14.118 : JurisData n° 2007-040801. - adde N. Dissaux, L'information précontractuelle du franchiseur : un joyeux anniversaire : JCP G 2010, 134*). Plus large est l'interprétation fournie par la Cour de cassation à l'occasion d'une décision intéressant la cession d'un fonds de commerce dans laquelle un concédant agréait un nouveau concessionnaire (ce dont on déduit que la cession du fonds s'accompagnait de la cession du contrat de concession) : à bien des égards ce n'est pas la cession de fonds qui est ainsi assujettie au respect de l'article L. 330-3 du Code de commerce, mais la cession du contrat de concession (*Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-13.653 : JCP E 2012, 1481, note N. Randoux*).

**Daniel Mainguy**

## **2. - Rupture d'un contrat de distribution : application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, entre autres.-**

Depuis l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui, le 13 janvier 2009, avait considéré que la responsabilité sanctionnant une violation de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce relevait de l'ordre de la responsabilité délictuelle et écartant ce faisant les clauses relatives au litige, contrariant la solution rendue par la première chambre civile en 2008 préférant le jeu de la responsabilité contractuelle dans les contrats internationaux (*Bull. civ. 2009, IV, n° 3 ; RDC 2009, 1016, obs. Mazeaud. - et depuis Cass. com., 8 juill. 2010, n° 09-67013, D. 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, p. 2544, obs. C. Dorandeu, et p. 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010, 743, note D. Bureau et H. Muir Watt*), la question demeure en l'état, divisée (*Comp. D. Mainguy, La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre : D. 2011, p. 1495*), un certain désordre règne. Il n'est pas sans conséquence : ainsi la rupture d'un contrat de référencement prévoyant une procédure de conciliation préalable à toute action en justice est tenue en échec dès lors qu'est invoquée l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (*Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-18.852 : JurisData n° 2012-012850. - comp. Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11885 : Contrats, conc., consom. 2011, comm. 64, obs. N. Mathey ; JCP E 2011, 1179, note D. de Lammerville et N. Aynès*). On mesure l'effet d'aubaine qui en résulte : si les parties avaient invoqué la question de la rupture sur un fondement traditionnel, l'exception fondée sur le non respect de cette clause aurait été recevable, mais il suffit d'exciper la magie de l'article L. 442-6, I, 5° pour que cette question, relevant du champ contractuel, soit écartée au motif que ce texte « imposerait » un mécanisme de responsabilité délictuelle. Autre est la question de l'autorité de ce texte, notamment dans un contexte international. En effet, le choix d'une loi applicable étrangère dans un contrat de distribution, notamment si elle est associée à la détermination d'une juridiction étrangère, implique, outre la question de savoir si la nature de la responsabilité applicable permet, ou non, de donner corps à la clause de détermination juridictionnelle, de déterminer surtout la portée de la clause d'*electio juris*. Seule l'hypothèse dans laquelle la loi « serait » considérée comme une loi de police permettrait d'appliquer, de manière uniforme, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, quand bien même les parties auraient choisi une loi étrangère. Si, en outre, le juge saisi considère que la responsabilité est effectivement délictuelle, il en résulte que le juge français pourrait toujours, même pour une situation internationale, appliquer la règle française. L'hypothèse avait été évoquée mais jamais décidée ; il faut dire qu'elle soulève une sérieuse controverse, d'une part, au regard de la considération de ce texte comme relevant de la catégorie des lois de police, alors que celui-ci ne le prévoit pas, mais également, d'autre part, dans le champ des contrats internationaux et de l'exception considérable qui serait ainsi faite par et pour le droit français, qui pourrait d'ailleurs être considérée comme relevant d'un protectionnisme juridique difficilement explicable. En effet, cette loi de police virtuelle assurerait une protection assez vaine pour les distributeurs, dans la mesure où l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne fait, pour l'essentiel, que reprendre des solutions jurisprudentielles acquises, et profiterait surtout à la DGCCRF, via l'article L. 442-6, III qui lui permet d'agir, éventuellement à la place du distributeur victime d'une rupture brutale, mais surtout pour obtenir une amende qui peut aller jusqu'à deux millions d'euros. À l'inverse, il s'agirait d'une question non décidée par exemple par le règlement *Rome I* de 2005 qui appellerait vraisemblablement une opinion de la CJUE.

Par ailleurs, affinant l'interprétation de ce texte, la Cour de cassation considère que l'article L. 442-6, I, 5° est impératif, de sorte qu'une clause d'un contrat prévoyant un préavis devrait toutefois se soumettre à l'appréciation de son caractère raisonnable : il ne suffit donc pas de se réfugier derrière une stipulation conventionnelle (Comp. *cette chron. JCP E 2009, 1479, n° 3, obs. D. Mainguy*) pour échapper à ce contrôle, pas davantage que derrière l'existence d'usages professionnels (*Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.544 : JCP E 2012, 1642, note N. Mathey*).

Dans un autre ordre d'idées, la rupture suppose des relations commerciales dont la description évolue sur la base du calcul de l'ancienneté de cette relation, jusqu'à présent observée (*Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.078 : cette chron. JCP E 2005, 1325, et nos obs.*). Depuis, la Cour considère que le contrat mène une forme de vie propre : ainsi la reprise d'engagements antérieurs (*Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-12.039.- Cass. com., 24 nov. 2009, n° 07-19.248 : D. 2011, p. 547, obs. D. Ferrier. - Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-25.333 : D. 2012, p. 795*) ou une restructuration d'entreprises : la reprise, par une filiale française, des relations commerciales qu'un distributeur entretenait avec une autre filiale, marocaine, d'un groupe est une continuation de cette relation commerciale établie (*Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-24.301 : JurisData n° 2012-021640*).

Enfin, se pose la question de la réparation du préjudice éventuellement subi, laquelle se présente, en général, comme la marge brute, la notion de « marge brute » étant d'ailleurs sujette à diverses interprétations, perdue pendant le temps qui aurait dû être consacré au préavis. Cela étant, le dommage subi par le distributeur du fait de la rupture d'un contrat n'est pas intégralement résumé par la réparation qu'il peut demander du fait de la rupture brutale du contrat : la rupture peut être brutale et/ou abusive, avec toutes les combinaisons possibles. Il est assez fréquent que la rupture soit tout à la fois brutale, faute de préavis ou de préavis d'un délai suffisant, et abusive, parce que les circonstances de la rupture, indépendamment du respect du préavis, sont fautives ou abusives par exemple parce qu'une promesse de perpétuation du contrat avait été formulée. Dès lors, l'indemnisation du distributeur évincé peut être bien supérieure. Reste à présenter le fondement de cette indemnisation qui repose, en général, là encore sur le fondement de la responsabilité contractuelle, ou délictuelle, selon les cas et la difficulté commence, notamment, lorsque la rupture du contrat est brutale, qu'elle emporte en tant que telle un préjudice, lié à une perte de chiffre d'affaires plus ou moins importante, mais sans qu'une faute distincte de celle ayant été qualifiée de brutale puisse être relevée. Un arrêt du 23 octobre 2012 (*Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-25.175 : JurisData n° 2012-023923*) vient alors rejeter une analyse ayant pour objet d'assurer une indemnisation du distributeur, sur le terrain de l'enrichissement sans cause : le distributeur demandait en effet que des dommages et intérêts lui soient versés, sur ce fondement « pour avoir été dépossédé de sa clientèle ». L'argument n'est pas sans intérêt : la rupture du contrat avait abouti à la perte de la quasi-totalité de la clientèle de telle manière que le distributeur pouvait penser invoquer un dommage plus important que celui résultant seulement de la rupture brutale. Rejet de la Cour de cassation : « les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties » : c'est bien la rupture, la cessation des relations qui est à l'origine de ce préjudice, laquelle n'est pas, en général, considérée comme générant un préjudice en soi. L'analyse est cohérente dès lors que l'on considère que la cessation d'un contrat est un événement prévisible pour un contrat à durée indéterminée et que la rupture est un droit, contrôlé, pour chacune des parties (*V. aussi infra § 3, Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-21.978*).

### Daniel Mainguy

**3. - Rupture du contrat, clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation et indemnité de clientèle.** - Le feuillet de l'analyse des clauses de non-réaffiliations'assagit en ce sens que le contrôle de la validité de ces clauses, en retenant les critères prévalant en matière de clause de non-concurrence, se généralise. Par exemple, une clause de non-réaffiliation contenue dans un contrat de franchise implanté dans une ville et interdisant l'affiliation à un réseau concurrent sur l'ensemble du territoire métropolitain peut être nulle car non proportionnée aux intérêts légitime du franchiseur (*Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-16.301 : JCP E 2012, 1402, note M. Malaurie-Vignal. -Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-11.071 : JCP E 2012, 1143, note N. Dissaux, 1205, note M. Malaurie-Vignal*) : les deux types de clauses reposent sur une logique voisine, faire obstacle à la liberté d'installation ou de réinstallation d'un commerçant, pour l'exercice d'une activité, en tant que telle ou en tant qu'elle s'exercerait à travers un nouveau réseau ; il semble ainsi assez logique qu'elles soient appréciées, au regard des règles du droit des contrats, selon des critères identiques.

Par ailleurs, un arrêt du 23 octobre 2012 (*Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-21.978 : JurisData n° 2012-023935*) a été rendu sur second pourvoi dans une affaire ayant déjà donné lieu à un arrêt discuté du 9 octobre 2007 (*Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14.118 : JurisData n°2007-040801*) dans une affaire opposant SFR et l'un de ses franchisés. Dans cette affaire, la situation contractuelle présentait un franchiseur ayant conclu plusieurs contrats comportant une clause d'exclusivité et une clause de non-concurrence. Alors que les contrats n'étaient pas renouvelés, le franchisé avait engagé une action ayant, notamment, pour objet l'obtention de ce serpent de mer du droit de la distribution qu'est une indemnité de clientèle, visant à compenser la perte de la clientèle occasionnée par la clause de non-concurrence. La Cour avait rendu une décision qui avait surpris : « attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Les deux décisions ici rapportées concernaient l'une la suite de la précédente, après renvoi, et un autre cas, concernant un contrat de distribution de produits de l'industrie chimique. Dans les deux cas cependant, le pourvoi ne visait pas à donner corps ou susciter une précision de cette étrange nouvelle figure

de quasi-contrat, mais cherchait à obtenir une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Le résultat est, cette fois, sans détour ni mystère : « les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ». La décision mérite la plus large adhésion : d'une part, la technique de l'enrichissement sans cause suppose une absence de cause, qui ne se trouvait point ici, mais surtout, et, d'autre part, il faudrait démontrer que l'existence d'une indemnité de clientèle est justifiée indépendamment des logiques d'indemnisation de la rupture d'un contrat, ce qui n'était pas rapporté, et qui ne peut sans doute pas l'être en l'état du droit français des contrats.

**Daniel Mainguy**

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

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

**4. - Distribution sélective quantitative : quels critères de contrôle ?** Le contrat de distribution sélective emporte, par lui-même, un ensemble de restrictions de concurrence dans la mesure où il justifie l'exclusion des distributeurs non sélectionnés et aboutit à interdire au fournisseur de fournir d'autres distributeurs que ceux qui ont été sélectionnés. Cette situation aboutit donc à un mécanisme d'exclusion de distributeurs, situation potentiellement anticoncurrentielle, et donc à un contrôle concurrentiel des contrats de distribution sélective, comme d'ailleurs des autres types de contrats opérant une sélection, quelle qu'elle soit. Ce contrôle peut s'envisager de plusieurs manières. Il peut s'agir d'une manière uniforme pour tous les contrats emportant une restriction du nombre de distributeurs, sauf à différencier ensuite, à la marge donc, pour chaque contrat, l'appréciation concurrentielle qui pourrait être effectivement faite. Telle était, d'ailleurs, la position française pendant longtemps. Par exemple, la Cour de cassation avait considéré, à propos de la réorganisation d'un réseau de contrats de concession exclusive, qu'il convenait de reprendre les critères du contrat de distribution sélective pour censurer l'arrêt d'appel qui avait admis la rupture d'un contrat de concession : « en se déterminant ainsi, par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par la Seita, et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (V. *Cass. com.*, 25 janv. 2000 : *Contrats, conc., consom.* 2000, *comm.* 65, *obs. M. Malaurie-Vignal* ; *Cah. dr. entr.* 2000/4, p. 19, *obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud.* - *Cass. com.*, 28 janv. 2005, n° 04-15.279, *CA Paris*, 29 nov. 2007 : *Contrats, conc., consom.* 2008, *comm.* 70, *obs. M. Malaurie-Vignal*). Il convient ainsi de considérer qu'une formule de distribution exclusive est, d'abord, une technique de sélection qualitative de discrimination des distributeurs, puis une sélection quantitative, par réduction du nombre des distributeurs qualitativement aptes à distribuer les produits. Cette solution conduit à une sévérité accrue du contrôle si l'on admet que le contrôle des contrats de distribution sélective est lui-même sévère. Une autre manière consiste au contraire à proposer une analyse différenciée. C'est d'ailleurs la solution promue par les règles du droit communautaire de la concurrence qui assurent, notamment depuis la « révolution concurrentielle » de 1999 et les « nouveaux » règlements d'exemption par catégorie, d'une part, une définition de la formule de la distribution sélective, contrairement à la situation antérieure et, d'autre part, une appréciation différente selon que le système de distribution choisi est un système fondé sur une sélection quantitative ou une sélection qualitative. En effet, où la sélection qualitative suppose une technique de sélection principalement fondée sur des critères objectifs déduits de la nature du produit contractuel, elle suppose, dans le second cas, une sélection simplement fondée sur la réduction du nombre des distributeurs.

Cette distinction ne s'entend pourtant pas d'évidence : la position traditionnelle française peut se justifier comme considérant qu'une logique de distribution quantitative ajoutée à une sélection qui est par ailleurs qualitative. Dans le même temps, les formules contractuelles ne sont pas simplement des emboîtements mécaniques : un réseau de distribution exclusif n'est pas simplement l'ajout d'une sélection quantitative à une sélection qualitative. Si sélection qualitative il y a, en effet, dans les logiques de distribution quantitative, elle ne se fonde pas sur les mêmes critères : ainsi les critères de sélection qualitative peuvent être beaucoup plus lâches voire moins objectifs. Dès lors, on peut admettre qu'une sélection quantitative suppose d'autres arguments de justification, voire aucun et qu'elle se justifie en elle-même tandis qu'une sélection qualitative suppose l'appréciation des « critères définis » objectifs de sélection. Curieusement cependant, cette solution aboutit à une appréciation plus sévère que pour le jeu de la distribution sélective. S'ajoute l'hypothèse, fréquente, dans laquelle le promoteur d'un réseau de distribution sélective ajoute un critère quantitatif, par exemple par un *numerus clausus*.

Face à cette incertitude, la Cour de cassation a posé, le 29 mars 2011 (*Cass. com.*, 29 mars 2011 : *JCP E 2011*, 1306) une question préjudicielle pour que la Cour de justice se prononce sur ce point : la tête d'un réseau de distribution exclusive peut-il se contenter de poser les critères de réduction du nombre des distributeurs ou doit-il, comme dans la solution française de 2000, justifier des critères objectifs et uniformes de sélection qu'il a posés ? Il s'agissait en l'espèce du réseau Jaguar Land Rover qui avait refusé de sélectionner un distributeur au motif que la ville de ce dernier ne figurait pas dans le tableau permettant de conclure un nombre déterminé de contrats, lequel engageait alors une action en indemnisation sur le fondement de ce refus d'agrément et de son caractère anticoncurrentiel.

Sans réelle surprise, la solution est proposée par la Cour de justice le 14 juin 2012 (*CJUE*, 14 juin 2012, *aff. C-158/11* : *D. 2012*, p. 2156, *note D. Ferrier*) : « par les termes "critères définis" figurant à l'article 1er, §1, sous f), du règlement CE

n° 1400/2002 (...), il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidat à l'agrément ».

En d'autres termes, la position communautaire doit l'emporter, un système de distribution quantitatif ne suppose pas, pour sa validité, que soient respectés les critères d'une sélection qualitative, solution bien reçue par la Cour de cassation, le 15 janvier 2013 (*Cass. com., 15 janv. 2013, n° 10-12.734 : JCP E 2013, 1097*).

**Daniel Mainguy**

**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**

**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

## 2° Les contrats de représentation

**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**

### 3° Les contrats de la grande distribution

**8. - Distribution alimentaire.** - Le secteur de la grande distribution, particulièrement dans le domaine dit de la « distribution alimentaire », a connu un certain nombre de difficultés dont certaines, en suspens, ne sont pas résolues. Ainsi, après l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 (*ADLC, avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire : JCP E 2010, act. 678, obs. N. Raud et G. Notté ; M. Malaurie-Vignal : Contrats, conc., consom. 2011, étude 3. - CE, 11 oct. 2012, n° 346378 : JCP E 2012, act. 654*, rejetant le recours en annulation contre l'avis) qui stigmatisait certaines clauses des techniques structurant les relations, contractuelles ou sociétaires, entre une centrale et un point de vente, notamment les formules assurant une préférence ou une promesse en cas de cession par le titulaire de la personne morale exploitant le point de vente à la centrale (comp. *D. Mainguy, Autopsie d'un puzzle juridique, Mél. J. Foyer, 2007, p. 761*), un projet de loi visant à réglementer ce secteur et proposant l'insertion d'un titre nouveau au sein du livre III du Code de commerce était approuvé par l'Assemblée nationale, puis modifié par le Sénat courant 2012, et demeure aujourd'hui en jachère. L'ensemble visait à tenter de résoudre les difficultés majeures observées dans certains réseaux de la grande distribution, notamment dans le secteur dit de la « grande distribution associée », où une centrale organise sa relation avec une société exploitant un point de vente par un contrat de mise à disposition d'une enseigne mais est également associée de cette société avec des statuts déterminés par la centrale : on y retrouve les clauses pathogènes déjà citées : si l'associé principal souhaite céder ses parts, il doit préférer ses associés, la centrale et un ou plusieurs autres exploitants avec une technique de détermination des prix par experts souvent très discutable. Depuis quelques années, la jurisprudence sanctionne ce type de clause en ce que l'expertise ne saurait être limitée dans l'appréciation du prix. Mais plus globalement, la question avait été posée, assez vainement jusqu'ici, de la validité globale de l'organisation conventionnelle et statutaire, au regard notamment des règles de concurrence, un peu à la manière dont la jurisprudence s'était autrefois prononcée dans l'affaire des cuves : en effet, le point de vente est, du fait de ces noeuds de contrats, « prisonnier » de l'enseigne et ne peut véritablement céder ses titres ou changer d'enseigne. Or, c'est peut-être ce qui est en train de changer dans ce secteur à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012 (*Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-18.024 : JCP E 2012, 1641, note B. Dondero*). Dans cette affaire, une société exploitant un point de distribution avait conclu un « contrat d'enseigne » pour une durée de dix ans. La centrale était également associée de la société exploitante ; cette dernière dénonçait à l'échéance le renouvellement du contrat, ce que contestait l'enseigne qui estimait que cette décision aurait dû être décidée en assemblée générale extraordinaire (elle détenait 34 % des titres en nue-propriété), ce qu'une clause des statuts imposait, et engageait une action en annulation de cette décision. L'associé principal excipait cependant la nullité de cette disposition sur le fondement de l'article 1844-10 du Code civil qui prévoit l'écart d'une clause statutaire en cas de contrariété avec une disposition impérative. La cour d'appel d'Orléans avait rejeté la prétention (*CA Orléans, 17 févr. 2011 : Dr. sociétés 2011, comm. 129, note J.-P. Legros ; RTD com. 2011, p. 764, obs. P. Le Cannu et B. Dondero*), mais la Cour de cassation en décidait autrement : « Attendu que pour dire n'y avoir lieu de prononcer la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, l'arrêt retient que cette disposition statutaire, qui est conforme à l'article L. 225-96 du Code de commerce, ne contrevient, en elle-même, ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anti-concurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il retient encore qu'en réalité, la société Lioser et M. Carpentier contestent la convention d'usufruit sans en tirer une quelconque conséquence, et surtout l'usage abusif ou illicite que la société ITM Entreprises, sous le couvert de la société ITM région parisienne qu'elle contrôle, peut faire de la minorité de blocage qu'elle détient pour imposer la poursuite sans fin du contrat de franchise ; qu'il retient enfin qu'alors même que ces contestations seraient fondées, elles ne sauraient, en toute hypothèse, entraîner la nullité de la disposition statutaire incriminée ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait la société ITM région parisienne et compte tenu de la dépendance de cette dernière envers la société ITM Entreprises dont elle était la filiale à 99 %, n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés ». Sans doute l'arrêt est un arrêt qui n'est pas promis à la publication et suppose une interprétation de l'impact de la dépendance économique évoquée par la Cour de cassation. Il reste cependant que c'est la première fois que la Cour de cassation propose une analyse globale de ces montages juridiques sur le fondement des règles du droit de la concurrence, elles-mêmes envisagées de manière large. Ce qu'impose la Cour de cassation en effet, c'est le fait de contrôler une clause statutaire ou contractuelle, non point de manière isolée, mais dans son contexte général. C'est au fond l'une des leçons que l'on pouvait tirer de l'avis de l'ADLC de décembre 2010. Ainsi les formules de préférence, préemption ou promesse qu'on trouve dans tel contrat ou statut, qui sont parfaitement valables en tant que telles et qui pose

des difficultés particulières, peuvent être saisies dans leur globalité, par exemple pour se demander s'il ne résulte pas de leur mise en oeuvre une entrave ou bien au changement d'enseigne, ou bien à la liberté contractuelle, à la manière dont avait été tranché le conflit dit des « cuves » des stations services, dans les années 1980 et 1990 : le contrat de prêt de cuve impose une obligation de restitution en nature qui ne suscite pas de difficulté particulière mais qui, dans une logique plus générale, aboutissait à priver les pompistes de la faculté de changer d'enseigne. Le « test » imposé par la Cour (*B. Dondero, note préc.*) implique dans le même esprit d'observer la situation au regard des circonstances particulières, ici l'hypothèse d'une minorité de blocage, et compte tenu de la situation de dépendance économique observée.

On retiendra également que cette situation, qui implique en cas de contestation entre les associés, la désignation d'un expert en vue de la fixation du prix des titres, emporte un contentieux qui renouvelle l'analyse de l'article 1843-4 du Code civil (*Comp. Cass. com., 19 déc. 2006, préc.*). Par exemple, la décision prise par le président d'une juridiction de désigner un expert est sans recours possible, sauf excès de pouvoir (*Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-17.866*).

**Daniel Mainguy**

## 2. Les contraintes de la distribution

### A. - Application du droit du travail

**9. - Le retour de la loi de 1941 ? (C. trav., art. L. 7321-2).** - La loi du 21 mars 1941 et celle du 3 juillet 1944, souvenirs peu aimables d'une période troublée, ont été codifiées dans le Code du travail aux articles L. 781-1 et L. 782-1 notamment, devenus depuis L. 7321-1 et L. 7321-2 du Code du travail. Ils favorisent l'extension des dispositions du droit du travail et de la sécurité sociale à certains gérants non salariés d'entreprises liées à une autre (qui tiendra lieu d'employeur) par certains contrats ou aux gérants salariés des « *succursales de maisons d'alimentation de détail ou des sociétés coopératives de consommation* ». Empreints d'un paternalisme, pour le moins, relevant de la philosophie, ou ce qui en tenait lieu, de ses promoteurs, ces lois ont échappé aux variables et tourments légistiques de ces soixante-dix dernières années et, bien pire, ont été appliqués, avec une amplitude croissante d'ailleurs. C'est ainsi que l'article L. 781-1 du code étend ainsi le « bénéfice » du droit du travail à certaines personnes, gérants d'entreprise sous quelques conditions : 1) il doit s'agir de personnes physiques, 2) leur profession doit être « *essentiellement* » de vendre des marchandises ou denrées de toute nature ou, s'agissant des services, de recueillir des commandes ou recevoir des objets à manutentionner ou transporter 3) elle doivent effectuer ces activités dans un local fourni ou agréé par le cocontractant 4) cette activité doit s'effectuer de manière exclusive ou quasi-exclusive ou, pour un service, avec une seule entreprise.

Fait pour les vendeurs de journaux durant l'Occupation, il est saisissant que ces textes n'aient pas, encore, fait l'objet d'une QPC ni d'une critique quelconque : à tout le moins, ils mériteraient de faire l'objet d'une réflexion globale sur leur opportunité et leur maintien.

C'est que l'application de ces textes peut, en cas d'interprétation large, s'avérer redoutable. On peut même se demander s'il existe un réseau susceptible d'échapper aux foudres d'une application sur la base d'une telle interprétation large. Le réseau France Acheminement en avait par exemple fait les frais en 2001 (*Cass. soc., 4 déc. 2001 : D. 2002, p. 1934, note H. Kenfack*) et son application systématique avait conduit à sa disparition. Périodiquement le texte retrouve une nouvelle virginité et réapparaît ainsi, au gré des plaideurs, comme dans un arrêt du 16 février 2012 (*Cass. soc., 16 févr. 2012, n° 10-23.541*).

**Daniel Mainguy**

### B. - Distribution, concurrence et transparence

**10. - Une nouvelle loi sur les délais de paiement (C. com., art. L. 441-6, L. 442-6, L. 2012-387, 22 mars 2012).** - Après la LME du 4 août 2008 qui limitait à 45 jours fin de mois ou 60 jours de la date de la facture le délai de paiement entre professionnels, l'ensemble sanctionné par le mécanisme de l'article L. 442-6, I, 7°, la loi du 22 mars 2012 a transposé la directive 2011/7 du 16 février 2011 « *concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales* ». Celle-ci offre, maigrement, la possibilité de conclure de nouveaux accords interprofessionnels, du type de ceux qui avaient suivi l'adoption de la loi de 2008 et qui ont pris fin à la fin de l'année 2011. En effet l'article 121, III de la loi de 2012 limite ces accords aux secteurs ayant déjà bénéficié de tels accords et qui portent sur des produits ou des services présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué et impose que les délais soient inférieurs à ceux prévus dans les précédents accords, qu'ils aient été conclus dans les six mois de l'entrée en vigueur de la loi, qu'ils soient validés par l'ADLC et qu'ils durent 3 ans au plus (*V. JCP E 2013, act. 271 à 273*).

Plus significative est la disposition de l'article 121, I de la loi de 2012 qui impose au retardataire de verser, outre les intérêts de retard légaux ou conventionnels, une « indemnité forfaitaire de recouvrement » (dont le montant doit être fixé par décret).

**Daniel Mainguy**



**Distribution. - Questions diverses**

© LexisNexis SA