

03/2009

SOMMAIRE

Sociétés.....	2
Distribution.....	4
Baux commerciaux.....	7
Concurrence.....	8
Social.....	11
DOSSIER SPECIAL	
LES ALTERNATIVES AU CONTRAT DE FRANCHISE	15

EDITO

Une lettre, du cabinet, dans le but de présenter, d'une part, l'essentiel de l'actualité que nous avons retenu, en ce sens que nous avons sélectionné ce qui nous est apparu comme le plus novateur, le plus intéressant, le plus insolite parfois.

L'objectif est de présenter cette actualité, avec nos valeurs, ce mois-ci en tenant compte, bien entendu de quelques questions de droit de la distribution et de la concurrence, mais encore de droit des contrats d'affaires ou de droit des sociétés.

Nous ajoutons un DOSSIER SPECIAL consacré à la Franchise, sa conception et ses alternatives, étant entendu que le concept de franchise, largement connu, est fondé sur un modèle commercial et financier qui permet plusieurs modèles contractuels alternatifs, dont le contrat de franchise de distribution le plus connu, mais bien d'autres encore, adaptés à des situations ou des secteurs différents.

D. Mainguy
Agrégé des facultés de droit,
Avocat

B. Siau
Maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier
Avocat

Malo Depincé,
Maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier,
Avocat

SOCIÉTÉS

La fusion de sociétés qui ne rapporte pas toujours...

– La restructuration d'une entreprise est une situation d'exception mais prévisible et sans doute inéluctable, soit pour des raisons de croissance externe soit pour des raisons de structuration externe soit pour des logiques de transmission. Toute la difficulté tient au fait qu'une fusion de société, ou un apport partiel d'actif, est généralement, réalisée pour des raisons liées à l'activité des deux entreprises candidates à la fusion. Or, cette activité se mesure, certes, en termes de chiffres d'affaires, marge bénéficiaire, résultat net, etc. mais aussi, et surtout en fonction des moyens de réaliser cette activité, moyens qui reposent, dans la très grande majorité des cas, sur des contrats : contrat de bail, contrat de travail, pour lesquels des solutions légales existent, mais aussi, et surtout tous les autres.

Ces contrats, les contrats d'activité, sont très souvent des contrats de longue durée conclus par les entreprises – et les sociétés – concernées, des contrats de licence de brevet, de marque, des contrats de transfert de technologie, de partenariat, des contrats de financement, des contrats de distribution. Des contrats de distribution surtout : une enseigne, un savoir-faire, une renommée, un fournisseur ou au contraire des distributeurs, bref ces contrats représentent le cœur de l'activité des entreprises qui, par fusion, décident de les mettre en commun. Le hic, puisque hic il y a, tient au fait que le mécanisme même de la fusion de société, qui emporte transmission universelle du patrimoine (soit de deux sociétés vers une troisième société, nouvelle, soit de l'une vers l'autre) et donc transmission de tous les actifs et tout le passif de ces sociétés, se heurte aux logiques propres au droit des contrats.

L'enjeu de telles opérations est bien entendu, pour partie, la pérennité des contrats constituant le cœur de l'activité de ces entreprises. Par exemple, une société franchisée fusionne avec une autre société franchisée afin de mettre en commun leurs expériences et sans doute de réduire leurs coûts, ce qui suppose que la transmission des contrats de franchise soit possible.

L'obstacle contractuel à une telle circulation des contrats est très connu (Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°) ; il tient au caractère *intuitu personae* de ces contrats. Parfois, mais trop rarement, la question a été traitée dans les contrats eux-mêmes, soit pour interdire toute transmission, ce qui emporte souvent des circonvolutions complexes via des fusions ou des cessions de contrôle de sociétés mère, soit pour contrôler la fusion, via un mécanisme d'agrément.

L'obstacle est devenu classique pour le distributeur, il l'est également pour le fournisseur ou le promoteur du réseau, par exemple un franchiseur (Cass. com. 3 juin 2008, n°06-18007, publié au bulletin). Au-delà des faits de l'espèce qui concernait une question de compétence, l'arrêt d'appel avait affirmé que « la société M. a été absorbée par la société C. qui, bénéficiaire de la fusion, est la continuatrice des engagements souscrits par la société M. et que le contrat de franchise et ses avenants ont été transmis avec le patrimoine de la société absorbée », retenant donc une solution favorable à la transmission, dans la logique du droit des sociétés, la censure opérée par la Cour de cassation est évocatrice de la puissance du droit des contrats : « le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchisé ». De même un autre arrêt du même jour se prononçait de manière identique à propos d'un apport partiel d'actif d'une branche d'activité de franchiseur au profit d'une autre société exerçant cette même activité. Un franchisé avait déposé l'enseigne concédée par la société apporteuse et la société bénéficiaire de l'apport engageait des poursuites contre celle-ci, très efficace en appel puisque la Cour imposait la poursuite forcée des relations : « les traités d'apport partiels d'actifs soumis au régime des scissions emportent transmission universelle de tous les droits, biens et obligations afférents à la branche d'activité de l'apport, de la société apporteuse à la société bénéficiaire et que, parmi ces droits, biens et obligations figurent les décisions de justice que la société bénéficiaire est fondée à faire exécuter pour son propre compte ». Cassation, là encore le contrat, conclu en considération de la personne du franchiseur ne saurait avoir été transmis sans l'accord du franchisé (Cass. com. 3 juin 2008, n°06-13761, publié au bulletin).

Ces décisions invitent dans un premier à une révision globale de tous ces types de contrats dans les réseaux et au-delà pour tous les contrats de longue durée : il est désormais impossible, sauf agrément au cas par cas, prévu initialement dans le contrat ou réalisé avant la fusion, ou clause de transmission automatique, pour deux entreprises gérant un réseau de fusionner ou de réaliser une opération voisine – et l'on s'interroge sur les effets d'une cession de contrôle – et de considérer que les contrats qui forment ce réseau sont automatiquement transmis.

D.M.

De l'exclusion d'un associé d'une société et du règlement financier de sa sortie. – Qu'il semble loin, le temps d'avant les SAS, lorsqu'il fallait utiliser des contorsions juridiques invraisemblables pour organiser une technique de sortie d'un associé, via des sociétés à capital variable accompagnées des règlements intérieurs et de pactes extrastatutaires rédigés au cordeau. Loin et très

présent en même temps, tant le modèle de la SAS et la possibilité d'une clause d'exclusion (C. com., art. L. 227-16) n'est pas adaptable à toutes les situations, pour de multiples raisons. En toute hypothèse, quelle que soit la technique choisie pour envisager l'exclusion d'un associé, la question se pose, une fois celle-ci réalisée, du « solde de tout compte ». Ainsi, dans une société civile à capital variable, par n'importe laquelle, la Société civile des Mousquetaires, qui pour les habitués du secteur de la grande distribution, est la société qui regroupe les Mousquetaires, les titulaires d'un centre de distribution, le retrait d'un associé avait opposé ce dernier à la société, s'agissant du prix du retrait, les statuts prévoyant que, faute d'évaluation conventionnelle et conformément à l'article 1843-4 du Code civil « l'expert déterminera la valeur de remboursement dans le respect des statuts et du règlement intérieur ». Or, la question se posait de savoir si l'expert était tenu par les termes des statuts, qui prévoient, généralement, une méthode de calcul plutôt défavorable à l'associé, pour toutes sortes de raison qu'il n'est pas opportun de rappeler ici (comp. D. Mainguy, *Autopsie d'un puzzle juridique (Les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente)*, Mélanges J. Foyer, 2007, p. 655). Pour la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 décembre 2008, l'expert qui retient une autre méthode, ne commet une erreur grossière en ne déterminant pas la valeur de remboursement des parts conformément aux directives posées dans les statuts.

D.M.

Loyauté du dirigeant cédant des droits sociaux – Le dirigeant d'une société est tenu d'une obligation de loyauté à l'égard des associés de celle-ci. Ce devoir se renforce dans l'hypothèse d'un projet de rapprochement, voire de rachat par une autre société concurrente. On comprend que l'associé qui cède ses parts à un membre de sa famille soit mécontent que ce dernier cède peu de temps après les dites parts, à un tiers moyennant un prix bien plus conséquent lorsqu'il y a des raisons de penser que l'opération pouvait avoir été planifiée de longue date. En l'espèce (CA Paris, 3^{ème} chambre, Section B, 18 décembre 2008), une société holding avait été constituée au sein d'une famille pour détenir l'essentiel des titres de la société familiale. La même personne présidait les deux conseils d'administration. Dans un souci de restructuration de l'entreprise, fournisseur de l'industrie automobile, d'autres membres de la famille cédèrent leurs actions de la première société à la holding en mars 1993. Trois mois plus tard, l'intégralité des actions de la holding étaient cédées à un tiers à un prix nettement plus important que celui convenu entre la holding et les membres de la famille cédants. Ces derniers, s'estimant

victimes d'un dol, ont alors assigné le cessionnaire ainsi que l'ancien Président du Conseil d'administration de la holding et de sa filiale pour faute personnelle. Ils demandaient réparation de leur préjudice.

L'affaire a donné lieu à de nombreuses décisions : le TGI de Belfort déclara l'action recevable amis mal fondée faute de preuve d'une réticence dolosive, la cour d'appel de Besançon confirma le jugement et la Cour de cassation cassa la décision d'appel en 2004 lui reprochant de ne pas avoir « recherché s'il [le dirigeant] n'avait pas caché l'existence des négociations conduites avec un tiers ... et ainsi manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement ». La cour de renvoi résista, insistant sur l'absence de preuve et à nouveau la Cour de cassation le 25 septembre 2007 cassa l'arrêt.

La cour d'appel de Paris fut désignée comme cour de renvoi. Elle considère alors, en revanche, que « si la négociation ayant abouti à la cession de juin 1993 n'a véritablement commencé que 15 jours après la cession consentie par MM. [...] l'existence de contacts antérieurs est reconnue ». Constatant par ailleurs l'existence de propositions antérieures (des documents comptables envisageant les conséquences du rapprochement par rachat et antérieurs à la première vente avaient été produits par les demandeurs). À l'inverse, l'ancien dirigeant n'avait pas été en mesure de rapporter la preuve qu'il avait bien informé ses associés des négociations et du rachat envisagé. La cour constata donc logiquement la faute dolosive du dirigeant qui avait manqué à son obligation de loyauté consistant ici en une obligation d'informer ses associés de perspectives économiques de nature à influencer leur consentement à la cession d'actions. Faute dolosive qui devait dès lors conduire à une indemnisation, 15 ans plus tard, des associés cédants. Pour autant, l'évaluation du préjudice ne peut résulter de la simple différence entre le prix de la première cession et celui de la seconde. Simplement parce qu'il n'est pas certain, comme toujours dans ce genre d'affaire, que les cédants auraient refusé de céder leurs actions à leurs associés, pas plus d'ailleurs s'ils le refusaient qu'un tiers ait accepté de payer le même prix à un actionariat plus divers (d'autant que les demandeurs ne détenaient que 11 % des actions). Surtout la cour considère qu'au jour de la première cession, le principe de la seconde n'était pas acquis, trop d'aléas pesant encore sur l'opération envisagée. De manière assez classique, seule une perte de chance pouvait en conséquence être indemnisée. Il restait alors à évaluer cette perte de chance, opération par nature nécessairement délicate. La Cour, sans justification particulière, l'évalua au total 271000 euros en proportion des 1486 actions cédées, soit une indemnisation de 182 euros par action (elles avaient été

cédées à 270 euros environ puis revendues à un peu plus de 600).

M.D.

Validité de l'engagement de non-concurrence d'un cédant de droits sociaux – Le cédant de droits sociaux cède parfois bien plus que des titres. Si l'entreprise cédée est son entreprise principale, il s'engage également bien souvent à ne pas concurrencer celle-ci « à quelque titre que ce soit ». Or l'interprétation de cette formule peut, plus qu'on ne le croit, s'avérer surprenante pour le créancier de la clause. Une clause de non-concurrence avait été insérée dans un acte de cession d'actions d'un associé détenant 51 % du capital social. Le débiteur s'y interdit « de créer et d'exploiter, sous quelque forme que ce soit, ou de s'intéresser directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, même comme associé commanditaire, à toutes activités se rapportant aux activités de transport, remorquage, fourrière, assistance pour tous véhicules automobiles, cycles, poids lourds" (la convention précise que "cet engagement de non-concurrence et de non-rétablissement prendra effet à compter de la cessation de toutes fonctions au sein de [...], et ce pour une durée de cinq (5) années, et couvrira le territoire de la France ». De manière assez commune, le contentieux est apparu au moment où le cédant a voulu recouvrer sa liberté d'entreprendre (sur cette expression, V. Cons. const., décision n° 81-132 du 16 janvier 1982, JO du 17 janvier 1982, p. 299 et s.). Or s'y opposait le contenu de la clause de non-concurrence du contrat de cession d'actions qu'il voulut donc voire reconnaître nulle par une décision de justice ou à tout le moins limitée à toute activité autre que salariée. Ici la clause fut reconnue en toute logique valide puisqu'elle était limitée dans le temps et l'espace sans néanmoins que la cour cherche également une limitation quant à son objet, dans un premier temps tout du moins (CA Paris 8 janvier 2009, 3^{ème} ch., sect. B, n° 07/21656.). Valide, la clause en ce qu'elle restreignait la liberté d'entreprendre, n'en devait pas moins être interprétée strictement : en l'espèce faute d'une clause visant spécifiquement l'activité salariée, la cour se refuse à faire cesser l'activité exercée par le débiteur dans la mesure où une activité salariée n'était pas spécialement visée par la clause. Il est donc fondamental, dans la rédaction d'une clause de non-concurrence, de tenter d'être précis et exhaustif. La formule, classique « à quelque titre que ce soit » ne pouvant toujours suffire à interdire toute activité.

M.D.

Formalités de déclaration des sociétés unipersonnelles et loi LME – La loi de Modernisation de l'Economie (LME) du 4 août dernier avait prévu une simplification des modalités de création des sociétés unipersonnelles. Un décret du 31 décembre dernier (n°

2008-1488, portant diverses mesures destinées à favoriser le développement des petites entreprises) vient mettre en œuvre ce principe. Désormais, l'insertion d'un avis au Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales (BODACC) n'est plus nécessaire pour « l'immatriculation d'une société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou d'une société par actions simplifiées dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence » (C. Cce, art. R. 123-155). Il en est de même pour les avis modificatifs (C. Cce, art. R. 123-159).

Un autre décret, du 25 février dernier (n° 2009-234, JO du 27 février) vise l'application de la même loi au SARL et SAS en général. La visioconférence est désormais autorisée pour les assemblées des SARL (la loi NRE l'avait déjà instituée pour les sociétés par actions) si les statuts le prévoient (pour les conditions de mise en œuvre, cf C. com., art. R. 223-20-1 nouveau). Dans les SAS désormais, la désignation d'un commissaire aux comptes n'est plus requise que lorsque la société dépasse deux des trois seuils fixés par ce décret (C. com., art. R. 227-1 nouveau, 1 000 000 € pour le total du bilan, 2 000 000 € pour le total du chiffre d'affaires et 20 salariés permanents employés au cours de l'exercice).

M.D.

DISTRIBUTION

De l'alternative au contrat de franchise. – le contrat de franchise est un instrument de description contractuelle d'une réalité financière : le détenteur d'un savoir faire, commercial, technique, industriel, etc., qui dispose en outre d'une marque et de signes distinctifs envisage de reproduire le succès commercial dont il a pu bénéficier et ce en « cédant » son « concept », par la transmission de son savoir-faire, une formation, une assistance et la mise à disposition de sa marque. Le dispositif est très connu mais, pour toutes sortes de raisons rencontrent parfois rancœur, difficultés, litiges, obstacles, de telle manière que des alternatives à la franchise sont parfois proposées. Ainsi, d'autres formes de contrat de distribution constituent, parfois des alternatives, qu'il est cependant difficile d'assimiler réellement en raison de l'originalité de la méthode. Ainsi, dans le secteur de la distribution de produits, les contrats de franchise, ultra fréquent dans la distribution de vêtements par exemple, se heurtent à des difficultés importantes, dès que l'uniformité attendue par le promoteur du réseau trouve son prolongement dans les prix. Rien n'est alors pire, concurrentiellement parlant, qu'une telle uniformité qui risque, très vite, de se heurter à la prohibition, tant concurrentielle que pénale des pratiques de prix de revente minimum imposé. Une

alternative est-elle possible ? Une alternative qui permettrait au promoteur du réseau d'imposer des prix ? Une piste a depuis quelque temps déjà, été tracée dans le sens de la conclusion d'un contrat de représentation, à travers la formule du contrat de « commission affiliation », c'est-à-dire d'un contrat par lequel le promoteur du réseau donne mandat, via la figure du contrat de commission forme opaque du mandat, de commercialiser des produits en son propre nom mais pour le compte du promoteur du réseau, tout en s'affiliant au « concept » de ce réseau. Ce faisant, le promoteur du réseau vend directement les produits au consommateur, par le truchement du commissionnaire affilié, et donc peut « choisir », inutile de dire « imposer » les prix qu'il souhaite. Hormis l'hypothèse, non envisagée ici, d'une affectation des règles de concurrence, la formule se révèle, alors, un habile « truc » contractuel pour contourner les règles prohibant la pratique des prix imposés de revente. C'est la raison principale du succès de la formule, succès pourtant relativement discret. Il y a cependant un hic. Un tel contrat de représentation ne peut-il être considéré comme un contrat d'agence commerciale ? En ce cas, la rupture du contrat ouvrirait droit, au profit de l'affilié, à une indemnisation formalisée par l'article L ; 134-12 du Code de commerce et alors que l'habitude judiciaire est d'accorder jusqu'à deux ans de commission, alors que s'il était agi d'un contrat de franchise, le franchisé n'aurait pas eu droit à cette indemnisation. Si tel était le cas, le franchiseur serait tombé de Charybde en Scylla, évitant l'écueil de la sanction des prix imposés de revente de l'article L. 442-5 du Code de commerce pour se fracasser sur celui de l'article L. 134-12 du Code de commerce.

C'est pour cette raison qu'il faut saluer l'arrêt du 28 février 2008 de la Chambre commerciale de la cour de cassation (n°06-20772, JCP 2008, II, 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud, adde, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *A propos du contrat de commission affiliation*, Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz, 2007, p.705) qui, dans une telle affaire et après bien des rebondissements, considère que ce contrat de commission affiliation n'est pas un contrat d'agence commerciale ce dont on déduit qu'il s'agit d'un contrat de commission (la cour vise l'article L. 132-1 du Code de commerce), censurant l'arrêt d'appel qui avait condamné le promoteur du réseau à 145 000 € d'indemnité. Le contrat qui était soumis à la Cour de cassation précisait en effet que les marchandises et accessoires confiés à l'affilié restaient la propriété du commettant, et 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 (commettante) ». Elle en constatait que l'affilié agissait bien en son nom, mais pour le compte du commettant, ce qui caractérise le contrat de

commission (à l'inverse, le mandataire agit *au nom et pour le compte* du mandant).

Cet arrêt ouvre alors, véritablement, les portes de la commission affiliation, comme variante de la franchise de distribution où le franchisé « affilié » n'achète pas pour revendre mais est chargé, en respectant les critères de commercialisation du « franchiseur affiliant », de vendre en son nom et pour son compte (CF. INFRA, DOSSIER SPECIAL).

D.M.

Actualités de la rupture (brutale ou abusive) des relations commerciales établies – La rupture de relations d'affaires, si elles sont établies, entraîne pour l'une des parties un préjudice conséquent qui justifie un grand nombre d'actions de ce chef. La sanction de la rupture brutale des « relations commerciales établies » au titre de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce doit dès lors être considérée comme de portée générale, elle est un élément essentiel pour un droit commun des contrats. La Cour de cassation, par 4 arrêts en date du 16 décembre 2008 apporte quelques précisions bien utiles sur le régime applicable à cette notion, son domaine et l'interprétation retenue par la haute juridiction des termes de l'article L. 442-6 I, 5°. On rappellera que ce texte sanctionne le fait 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. [...] ». La Cour en premier lieu reconnaît l'application de l'article L. 442-6 I, 5° à d'autres relations que celles entre commerçants. La rupture d'une relation établie avec un architecte entre dans le champ d'application de ce texte (*Cass. com. 16 déc. 2008, 07-18050, publié au bulletin*) sur le fondement que « toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6-I, 5° du code de commerce ». La relation commerciale établie n'est donc pas exclusivement une relation entre commerçants (la cour d'appel avait quant à elle refusé d'appliquer le texte au motif que « les prestations réalisées par un architecte, issues d'une création purement intellectuelle et exclusive de toute acquisition antérieure en vue de la revendre, constituent une activité par essence civile »). En revanche, l'application de ce texte est refusée aux notaires (*Cass. com. 20 janv. 2009, n°07-17556, publié au bulletin et, plus ambiguë, pour un chirurgien, Cass. com. 22 janv. 2009, 07-21233*) ce qui est bien logique puisqu'il leur est fait interdiction de réaliser des actes de commerce. Un autre arrêt, du 16 décembre 2008, à défaut de retenir l'existence d'une relation commerciale établie, propose de précieux indices sur la caractérisation d'un tel lien. Il est évident que le fait d'avoir passé avec une même entreprise

plusieurs contrats, quel que en soit le nombre et quelle que soit la période pendant laquelle ceux-ci ont été exécutés, ne suffit pas à établir des « relations commerciales établies » comme le précise l'arrêt (*Cass. com. 16 décembre 2008, n° 07-15589, publié au bulletin*). En l'occurrence la cour d'appel avait apprécié lesdits contrats comme des « contrats indépendants », ce en quoi elle est approuvée par la Cour de cassation. Plus encore, la Cour de cassation relève qu'en l'espèce le contractant n'avait consenti à son partenaire, occasionnel donc, aucun accord cadre, ne lui avait pas garanti de chiffre d'affaires ou d'exclusivité. Au surplus, la « rupture » intervenait au profit d'un concurrent qui s'était révélé plus compétitif. Il existait donc une relation d'affaires entre les deux entreprises, mais celle-ci ne pouvait être qualifiée d'établie. En présence d'un contrat cadre non-renouvelé, la sanction n'est pas là non plus automatique (*Cass. com. 16 décembre 2008, n° 08-13423*). Un distributeur demandait indemnisation de la non-reconduction de celui-ci au motif qu'elle aurait été non pas « brutale » mais « abusive », hypothèse différente encore. Pour le demandeur, « *si dans un contrat à durée déterminée reconductible tacitement, chaque contractant est libre de dénoncer le contrat à son terme, le refus de renouvellement de ce contrat peut engager la responsabilité de son auteur en cas d'abus* », sanctionnable le cas échéant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Là encore, sans surprise, la Cour de cassation refuse tout *a priori* négatif quant aux causes du refus de reconduction du contrat, relevant que la Cour d'appel « *ayant souverainement estimé que la société S. était fondée à considérer comme dégradées les relations commerciales qu'elle entretenait avec la société C., la cour d'appel a pu décider que cette dernière ne justifiait pas du caractère abusif de la rupture desdites relations par la société* ». Le demandeur invoquait également un abus de relation de dépendance économique (C. com., art. L. 442-6, I, 2°), arguant de l'impérieuse nécessité pour lui de pouvoir proposer des produits de cette grande marque qui refusait dorénavant de le fournir directement. Pour autant, d'autres grossistes étaient en mesure de lui proposer les mêmes produits à des conditions identiques. Il était dès lors difficile de caractériser une situation de dépendance économique puisque d'autres alternatives s'offraient au distributeur. La Cour rejetait donc logiquement le pourvoi.

Au reste, l'implication de ce texte n'est en rien décisive : rien n'interdisait au notaire ou au chirurgien plus haut visés dont l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce était refusé, de faire appel à d'autres ressources du droit commun des contrats, la rupture brutale ou la rupture abusive d'un contrat demeurent sanctionnées à ce titre.

Enfin, reste la question de la compétence et une question ordinaire : la rupture brutale d'une relation *contractuelle* établie, contenant une clause attributive de juridiction,

suppose-t-elle le respect de cette clause ? On aurait tendance à considérer que la réponse est évidente dès lors que le support de la relation commerciale établie est un contrat. Ce n'est pourtant pas l'avis de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 13 janvier 2009 (*n°08-13971, publié au bulletin*) considère, pour écarter une telle clause que le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie, quelle qu'elle soit, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, suivant en cela deux arrêts rendus en 2007 (*Cass. com. 6 févr. 2007 et Cass. civ. 1ère. 6 mars 2007, JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, obs. D. Mainguy, mais comp. Cass. com. 21 oct. 2008, n°07-12336, JCP, 2009, I, à paraître obs.D. Mainguy*).

D.M. et M. D.

De l'action du ministre à la place des parties.

L'action du ministre ; une formule lapidaire pour évoquer l'action posée par l'article L. 442-6, III du Code de commerce qui permet au ministre, l'administration économique donc, d'agir à la place des parties dans le cas d'une violation de l'une des règles de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Or, l'autorité de cet action s'est posée, à la suite de deux affaires ayant donné lieu aux arrêts de la Cour d'appel de Versailles et d'Angers, en 2007 (*Versailles, 3 mai 2007, Lettre de la distribution, mai 2007, D. 2007, p. 2433, Angers, 29 mai 2007, Lettre de la distribution, Juin 2007, D. 2007, p. 2433 et cf. M Béhar-Touchais, RLC, 2007, p.831, Cette Chron, JCP, 2008, I, 1676, n°22, obs. D. Mainguy*) où les Cour d'appel avaient critiqué les décisions de première instance qui avait retenu la compétence du ministre de l'économie pour obtenir des sanctions de contrats de coopération commerciale, conclus en contravention avec les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, pour obtenir annulation de ces contrats et restitution de l'indu, à hauteur de 100 millions d'euros tout de même. L'enjeu est de savoir si l'action du ministre est autonome, donc susceptible d'être engagée par la Ministre seul, et indépendamment de toute action de parties contractuelles directement intéressées, ou bien au contraire d'une action de substitution, accessoire à une action propre, de fournisseurs par exemple. Les arrêts d'appel avaient retenu cette seconde justification pour infirmer les décisions de première instance. En cassation, quatre arrêts sont venus censurer cette position, deux arrêts du 8 juillet 2008 (*Cass. com. 8 juill. 2008, n°07-16761 et 07-13350*) le premier, publié au bulletin, étant la censure de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007 et le second concernant une affaire ITM, et deux arrêts du 16 décembre 2008, l'un (*Cass. com. 16 déc. 2008, n°07-20099*) qui censure l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers et l'autre, de rejet (*Cass. com. 16 déc. 2008, n°08-13162*) qui affirme en outre. Le premier de ces quatre arrêts, offre la solution la plus décisive, en

visant l'article L. 442-6, III du Code de commerce et l'article 6§1 de la CEDH : « Attendu que l'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions du premier de ces textes, qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

D.M.

BAUX COMMERCIAUX

La révision à la baisse du loyer du bail commercial. –

Avant la loi MURCEF du 11 décembre 2001, la question de la révision, notamment à la baisse du loyer d'un bail commercial, était régie selon un principe selon lequel la révision consistait à aligner le loyer sur la valeur locative. Par conséquent, combiné avec le principe du plafonnement de la variation à l'évolution de l'indice trimestriel du coût de la construction depuis la dernière révision amiable du loyer, il en résultait que en cas de baisse de la valeur locative, le loyer devait être révisé à la baisse, peu important que l'indice ait, lui augmenté, à la suite d'un arrêt de 1996. Le nouvel article L. 145-38 du Code de commerce cherchait à garantir une certaine stabilité des revenus des baux de sorte que, désormais, la révision est déconnectée de la variation de la valeur locative. Par conséquent, la révision est fondée sur la variation de l'indice du coût de construction, à moins de démontrer une modification sensible des facteurs locaux de commercialité. Reste alors à mesurer les conditions de l'application de ce texte, notamment aux contrats en cours, conclus avant la modification de la loi mais dont les effets se manifestent ensuite. La question s'est notamment posée dans une affaire où la révision intervenait en 2003 pour un bail conclu en 1997 : le locataire demandait une baisse du loyer, sans pouvoir prouver une modification des facteurs locaux de commercialité, en se fondant, comme avant 2001 sur l'adéquation entre le montant du loyer et la valeur locative. La demande échoue : l'article L. 145-38 modifié s'applique aux contrats en cours (*Cass ; com. 18 févr. 2009, n°08-13143*).

D.M.

La cession d'une « clientèle » d'assurance n'en est pas une : le bail n'est donc pas cédé. – La cession d'un fonds de commerce présente cet avantage formidable qu'elle emporte automatiquement, au-delà du bail commercial, cession de la clientèle, dont les contrats conclus avec celle-ci. L'avantage est énorme si l'on

considère l'alternative qui consiste à considérer le contrat comme un simple contrat de cession de contrats, soumis ce faisant à l'article 1690 du Code civil, et aux lourdes formalités qu'il impose : il faut signifier la cession à chacun des contractants, et encore pour autant que les contrats ne soient pas *intuitu personae*.

Encore convient-il qu'il s'agisse bien d'une cession de clientèle... ce qui n'est pas le cas, décide la Cour de cassation de la cession d'un portefeuille d'assurance (*Cass.civ. 1^{ère}, 5 févr. 2009, n°08-10230*). Dur retour à une réalité, sans doute trop brutale d'ailleurs, si l'on admet que le « portefeuille » d'assurance pourrait être considéré comme un bien, une universalité.

D. M.

Conséquences de la cession de bail commercial sur une demande de renouvellement du sous-locataire –

Toute aussi grande est la protection du bailleur commercial contre les risques de la sous-location, mais par le jeu cette fois de l'impératif d'opposabilité de celle-ci au bailleur principal. Le propriétaire de locaux commerciaux avait conclu un bail commercial avec un commerçant. Ce bail autorisait la sous-location. Les locataires avaient sous-loué une partie des locaux mais n'avaient pas informé leur bailleur. Le fonds de commerce avait ensuite été cédé à une autre société, avec le contrat de bail donc. Cette société donna congé au bailleur. Le sous-locataire sollicitait pour sa part, malgré le congé donné par le preneur « principal » le renouvellement de son bail. Le contentieux s'est ici soldé de manière classique, les juges du droit approuvant les juges du fond d'avoir raisonné en termes d'opposabilité de la sous-location. Pour que la sous-location soit opposable au preneur, encore faut-il qu'il en ait été informé. Et pour faciliter la preuve de cette information, qu'il ait été appelé à concourir à l'acte de sous-location. Les juges ont alors refusé le renouvellement du bail et reconnu la responsabilité du preneur principal qui n'avait pas informé le bailleur. À l'inverse le nouveau preneur principal, cessionnaire du fonds de commerce, ne pouvait pas être tenu pour responsable des fautes commises par son prédécesseur. Pour la Cour de cassation en effet, « la cession du fonds de commerce qui comprend la cession du bail n'entraîne pas la transmission de l'obligation d'informer le bailleur d'une sous-location intervenue antérieurement à la cession de ce fonds » (*Cass. civ. 3^{ème}, 17 septembre 2008, n° 07-10.170*).

M.D.

Jeu automatique de la clause résolutoire dans un bail commercial. – En matière de baux commerciaux, l'essentiel de la protection du bailleur repose sur le jeu de la clause résolutoire. Celle-ci, depuis longtemps déjà, est interprétée par la jurisprudence comme particulièrement

dangereuse pour le preneur, voire même pour ceux qui se subrogeraient à lui. En l'occurrence un propriétaire de locaux commerciaux avait délivré à son locataire, au début de 2003, un commandement de payer un arriéré de loyer et l'avait dans le même temps assigné pour que soit constaté par le juge l'effet de la clause résolutoire insérée dans le contrat de bail commercial. Une ordonnance a condamné le locataire à payer au bailleur une certaine somme à titre provisionnel et suspendu les effets de la clause résolutoire sous condition que la locataire apure les causes du commandement en deux échéances avant le 15 juillet 2003. La première échéance n'a pas été payée à temps alors que le locataire était placé en redressement judiciaire. Le bailleur assignait donc la société locataire pour obtenir l'expulsion des locaux et une indemnité d'occupation. Le locataire était ensuite placé en liquidation judiciaire et son liquidateur procédait avec l'accord du juge-commissaire à la cession du fonds à un autre commerçant. Le bailleur entendait maintenir sa demande d'expulsion. Or entretemps le paiement intégral était intervenu (*via* une banque qui avait inscrit un nantissement sur le fonds de commerce exploité dans les locaux loués) et le bailleur avait encaissé les sommes versées.

La cour d'appel considéra qu'en acceptant ces sommes « *qui avaient pour seule cause l'existence du bail et pour finalité sa pérennité indispensable à la conservation du gage et en mettant concomitamment en œuvre une procédure d'expulsion, [le bailleur avait] commis une fraude aux droits de la banque laquelle ne porte pas sur la perception de ces sommes, mais sur le défaut de renonciation à la clause résolutoire, et qu'en application de l'adage selon lequel « la fraude corrompt tout », le bailleur [était] infondé à se prévaloir de la clause résolutoire [...]* » En d'autres termes, pour les juges du fond, le bailleur ne pouvait accepter le paiement des loyers de la part de la banque dont le seul intérêt était de maintenir son gage sur le fonds de commerce et dans le même temps demander l'expulsion des lieux et priver en quelque sorte de raison d'être ce paiement par un tiers.

L'arrêt est cassé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui donne plein effet à la clause résolutoire, « *alors que la sanction de la fraude ne peut porter que sur un droit existant à la date à laquelle l'acte frauduleux a été commis, la cour d'appel, qui a constaté que la fraude avait été commise à l'occasion des paiements effectués par la banque à compter du 5 juin 2003 [dernière échéance du délai de grâce] quand le droit au bail avait définitivement disparu depuis le 15 mai 2003* » (Cass. civ. 3^{ème}, 21 janvier 2009, n° 017-19.916.). La banque perd alors sur tous les plans. Elle a payé pour ne rien obtenir en contrepartie. Il faut en conséquence retenir de cet arrêt une conception on ne peut plus rigoureuse de la clause résolutoire dans le contrat de bail qui joue automatiquement au premier impayé, sans que cette

situation puisse en aucun cas être à un tiers se substituant au preneur moyennant pour ménager ses intérêts un renoncement implicite du bailleur au jeu de la clause résolutoire.

M.D.

CONCURRENCE, CONSOMMATION, ENVIRONNEMENT

Exercice de l'action en concurrence déloyale – Au créateur qui perd le bénéfice de l'action en contrefaçon il est toujours possible d'engager la responsabilité d'un copieur pour concurrence déloyale. Les conditions d'ouverture de l'action sont moins contraignantes et il n'est pas certain que la sanction soit moins dissuasive en certains cas. Une grande marque de luxe se plaignait d'actes de contrefaçon. Un commerçant avait commandé et importé des sacs en vue de leur revente, sacs qui aux dires du demandeur imitaient des marques figuratives lui appartenant. Les douanes avaient en l'occurrence saisi plus de 400 sacs à main qu'elles estimaient contrefaire la marque du demandeur. Le défendeur invoquait quant à lui devant le juge commercial saisi d'une action en concurrence déloyale, le caractère commun des signes et couleurs visés (« *couleurs courantes non susceptibles d'appropriation, qui apparaissent ou disparaissent sur les vêtements et leurs accessoires en fonction des évolutions de la mode et qu'elles sont, en outre, très fréquemment utilisées en maroquinerie, dès lors qu'elles rappellent la couleur naturelle du cuir traité* »). Sur ce point les juges de la Cour de cassation retiennent effectivement l'imitation comme susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur des faits pour concurrence déloyale. Elle ajoute, renforçant par là même les droits des entreprises protégées pour leurs innovations, que « *il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif, et que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie, cette circonstance n'étant que l'un des facteurs possibles d'appréciation d'un risque de confusion* » (Cass. com., 10 février 2009, n° 07.21-912). L'action en concurrence déloyale pour imitation est donc parfaitement distincte de l'action en contrefaçon. Et si le titulaire d'une marque ou d'un dessin, modèle, ne peut se prévaloir de l'action en contrefaçon il lui est toujours possible d'engager une action en concurrence déloyale au seul motif en quelque sorte qu'il est manifeste dans l'esprit du concurrent que ce dernier a entendu entraîner dans l'esprit du public une confusion entre ses produits et ceux du créateur.

Restait en second lieu à estimer le préjudice subi alors même que les produits incriminés avaient été saisis par les douanes. Comment en cette hypothèse reconnaître un

préjudice pour le créateur dans la mesure où les produits incriminés n'avaient pas été mis en circulation ? La cour d'appel avait évalué à 45000 euros le préjudice né des actes de contrefaçon. Nonobstant les conditions d'appréciation de ce préjudice fixées par la directive communautaire du 29 avril 2004, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la cour d'appel ne pouvait que prendre en compte les éléments débattus devant elle. La Cour ne donne donc aucun indice quant à l'appréciation du préjudice économique ou moral en l'absence même de mise en circulation et on serait tentés de penser qu'en l'espèce il s'agissait plus de « dommages et intérêts punitifs ».

M.D.

Publication d'annonces immobilières sur Internet – Les nouvelles technologies, et notamment l'Internet, peuvent en bien des circonstances bouleverser les pratiques d'un secteur d'activité. Plus encore elles peuvent aboutir dans les faits à la création de nouveaux métiers. À la lisière de professions anciennes, il est parfois malaisé de choisir le régime applicable à la pratique nouvelle. La question prend encore plus d'importance lorsque l'une des qualifications envisageables est réglementée. Sur ce point, la diffusion d'annonces immobilières sur Internet aurait pu paraître aux yeux de certains relever du statut d'agent immobilier pour le professionnel organisant cette nouvelle vitrine. Cette profession, encadrée, fait surtout l'objet de sanctions pénales en cas d'exercice illicite par une personne non habilitée. Un éditeur de site Internet proposant aux internautes des annonces immobilières était poursuivi sur le fondement de l'article 14 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, pour exercice illégal de la profession d'agent immobilier. Il n'était pas titulaire de la carte professionnelle d'agent immobilier. Le diffuseur était un intermédiaire essentiel entre vendeurs et acquéreurs d'immeubles, se rémunérant à hauteur de 1% du prix de vente. Mais la loi pénale est d'interprétation stricte et les dispositions de la loi Hoguet inadaptées sans doute à des techniques contemporaines. La loi vise en effet les activités de gestion, d'achat, vente ou location de biens immeubles, ou encore la gestion immobilière aux agents immobiliers. Elle exclut en revanche expressément de l'exigence d'une carte d'agent immobilier, les publications par voie de presse. Pour la cour d'appel saisie (CA Dijon, 19 février 2009, Juris-Data n° 2009-374844), le prévenu ne s'était pas livré à une quelconque activité de négociation entre vendeurs et acquéreurs. Il ne pouvait dès lors être considéré que comme le simple prestataire d'un service de diffusion. L'infraction n'a donc pas été reconnue, mais la décision fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

M D

Le pouvoir du juge de fixer un « délai raisonnable » de livraison en l'absence de prévision contractuelle – Le contrat, autant qu'un instrument de contrainte, est également un instrument de prévision, il ne permet pas seulement de créer des obligations, il peut également assurer les contractants quant au contenu de celle-ci. La rédaction d'un contrat suppose donc, pour préserver au mieux la sécurité et la prévisibilité nécessaires à la vie des affaires, un minimum de prévisions. Pour un contrat de vente par exemple, il peut être essentiel de prévoir dans celui-ci les délais de livraison, à défaut ce sera au juge dans l'hypothèse d'un contentieux de préciser comment les délais de livraison devaient être compris, d'où un risque d'aléa. Une société qui réclamait paiement du matériel qu'elle avait vendu se voyait opposer à titre reconventionnel un défaut de livraison dans le délai convenu qui aurait pu justifier une indemnisation. La cour d'appel avait rejeté la demande reconventionnelle, l'acheteur formait en conséquence un pourvoi en cassation (Cass. com., 12 novembre 2008, n° 07.19676). Or le contrat passé entre les parties au litige ne contenait aucune précision des délais de livraison (dans un contrat entre un professionnel et un consommateur en revanche, l'indication de la date de livraison est une obligation d'origine légale, C. consom., art. L. 114-1). La Cour de cassation approuve les juges d'avoir apprécié que le délai de livraison avait été raisonnable : en l'occurrence pourtant la machine livrée en novembre n'avait été opérationnelle qu'en juin de l'année suivante. Bien que le délai puisse paraître relativement long, la cour d'appel avait considéré celui-ci comme raisonnable. Les deux arrêts sont surtout intéressants en ce qu'ils permettent de rejeter toute fixation générale et *a priori* de ce que doit être un délai « raisonnable » (formule également de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980). En l'espèce le délai pouvait être relativement long puisqu'il s'agissait de matériel d'occasion et de haute technicité (deux critères susceptibles de rallonger ce qui peut être considéré comme un délai raisonnable).

M D

La publicité comparative n'est licite que si l'ensemble des éléments de comparaison sont pleinement décrits – La publicité comparative en France a mis de nombreuses années à entrer dans les mœurs. Elle est d'ailleurs encore aujourd'hui, malgré sa licéité expressément reconnue par le législateur en 1992, peu employée. Il faut dire que ce type de publicité nécessite dans sa construction une grande rigueur et des précisions souvent nombreuses. Il est parfois tentant pourtant de comparer les produits d'un concurrent avec les siens sur

un point bien précis dont tous les éléments ne sont pas dévoilés au consommateur. Or si ces éléments omis sont de nature à influencer sérieusement le choix du client, leur absence peut rendre la publicité comparative, aussi objective soit-elle, illicite. Fonder une publicité comparative sur une différence de prix avec la concurrence, par exemple, est parfaitement licite, mais suppose bien des précautions quant aux produits ou services comparés qui doivent être quasiment identiques. Or le fait de comparer des services de location de véhicules à la journée en oubliant de préciser qu'au moment des faits les agences de location de l'annonceur étaient fermées le samedi était indiscutablement de nature à induire le consommateur en erreur (Cass. com., 1^{er} juillet 2008, n° 07.15839). La publicité incriminée ne reposait pas comme l'exige la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur « *un constat objectif permettant aux personnes auxquelles elle s'adresse d'avoir une connaissance précise des données sur lesquelles se fonde la comparaison* » (CJCE, 19 septembre 2006, Lidl Belgium e.a, C-356/04). D'autres entreprises ont eu des politiques de communication sur les prix encore plus agressives, plus difficiles aussi parfois à justifier, en ce qu'elles cherchaient non pas à comparer le prix d'un produit déterminé mais des moyennes de prix pratiqués. Sur le plan de l'objectivité la manœuvre est beaucoup plus délicate, à défaut de pouvoir se livrer à une comparaison de l'intégralité des prix pratiqués. La référence à un panier moyen, plus exactement dans la guerre des grands distributeurs à un caddy moyen, est plus périlleuse, notamment en ce qu'elle suppose de choisir (par principe de manière objective) les produits à comparer. Surtout la charge de l'exactitude des éléments de comparaison pèse sur l'annonceur, celui au bénéfice duquel est construite la publicité comparative. La Cour de cassation rejetait le 13 janvier 2009 un pourvoi contre un arrêt sanctionnant un distributeur annonceur du chef de publicité comparative illicite (Cass. crim., 13 janvier 2009, n° 08.89493). Selon les juges d'appel, « *il appartenait à celui-ci de démontrer que la différence de prix, entre produits présentant un degré suffisant d'interchangeabilité, ne peut pas se justifier par la différence de qualité intrinsèque de tel ou tel produit ou par la quantité du produit ; que l'annonceur n'a pas apporté de précisions sur les qualités respectives et quantité des produits présentés dans les chariots, dont les qualités et quantités n'étaient pas nécessairement les mêmes ; qu'ainsi, les tickets de caisse présentaient des paires de produits comparables sans qu'il apparaisse que la qualité ou la quantité aient été les mêmes* ». Devant un hypermarché avaient été installés deux chariots, l'un contenant des produits vendus au prix de l'hypermarché, le second des produits vendus chez un concurrent. Une annonce accompagnait les deux chariots, indiquant que les prix du premier étaient pour des produits identiques, inférieurs à ceux du

concurrent. Le support des détails de la comparaison était la reproduction de deux tickets de caisse. C'est sur ce point bien précis que l'annonceur a été sanctionné, les juges considérant que « *les tickets de caisse ne [précisaient] pas la qualité et la quantité des produits comparés* ». Encore une fois, si le fait de comparer les prix moyens du panier de la ménagère n'est pas illicite, les exigences d'information (sur la qualité et la quantité de produits notamment) imposent un lourd formalisme qui se satisfait plus volontiers du format d'un manuel que de celui d'un ticket de caisse.

M D

Antennes relais de téléphonie mobile et reconnaissance de troubles anormaux du voisinage –

L'incertitude scientifique a été jusqu'à une période récente un domaine à propos duquel le juge, aussi bien judiciaire qu'administratif, refusait d'intervenir. On se souvient que lorsque le gouvernement prenait une décision sur le fondement du principe de précaution, le Conseil d'État n'opérait qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, voire même *in fine* non pas un contrôle de légalité interne aussi mince soit-il mais bien exclusivement un contrôle de légalité externe (analysant exclusivement la procédure aboutissant à la prise de décision et imposant le cas échéant qu'elle soit réitérée). Le juge judiciaire était lui aussi des plus réticents à rendre une décision lorsque le danger évoqué n'était pas encore établi avec certitude, plus encore lorsque ce danger n'était invoqué que par une minorité d'experts. Dans le cas des antennes relais de téléphonie mobile par exemple, si certains tribunaux avaient manifesté l'audace d'ordonner la dépose d'antennes relais, les cours d'appel avaient dans leur grande majorité infirmé leurs jugements (sauf une décision, CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, RTD civ. 2005, p. 146, obs. P. Jourdain). La prise en compte de l'incertitude scientifique par le juge judiciaire est en revanche plus importante aujourd'hui, dans le contentieux de la responsabilité comme dans celui des troubles anormaux du voisinage. La Cour de cassation déjà a pour partie renversé sa jurisprudence antérieure quant à la caractérisation d'un lien de causalité entre un produit et un dommage. Il semble désormais possible, sous certaines réserves, d'établir qu'un médicament est potentiellement ou probablement dangereux par le jeu des présomptions et dès lors établir un lien de causalité entre celui-ci et le dommage subi par le patient (Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05.20317, 06.14959, 06.10967 et 07.17200). C'est sous une même influence sans doute qu'a été rendu l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 4 février 2009 enjoignant à Bouygues Telecom de procéder au démantèlement sous astreinte de 500 € par jour d'une antenne relais de téléphonie mobile suspectée de causer un trouble trop grand aux riverains. Évidemment l'antenne respectait les

normes réglementaires en vigueur, mais depuis longtemps déjà la jurisprudence refuse de voir dans le respect des normes administratives un obstacle à l'action pour troubles anormaux du voisinage. Les juges de la cour d'appel de Versailles ont considéré le risque sanitaire comme suffisamment important pour opérer un renversement de la charge de la preuve : « *considérant que la confirmation de l'existence d'effets nocifs pour la santé exclut nécessairement l'existence d'un risque puisqu'elle correspond à la constatation d'une atteinte à la santé qui, en l'espèce, confinerait à une catastrophe sanitaire ; Qu'aucun élément ne permet d'écarter péremptoirement l'impact sur la santé publique de l'exposition de personnes à des ondes ou des champs électromagnétiques ELF* ». En l'occurrence donc il aurait appartenu, au regard du niveau de risque invoqué (celui d'une catastrophe sanitaire), à l'exploitant de rapporter la preuve de l'innocuité des ondes émises. Pourtant la preuve d'une sécurité absolue est en réalité impossible à établir. La cour en déduit néanmoins qu'en présence d'un tel niveau de risque envisageable et sans démonstration de l'innocuité du système, l'opérateur aurait dû mettre en œuvre les techniques les plus avancées de réduction d'émissions, comme il a déjà été fait dans d'autres communes grâce à la signature de chartes plus contraignantes. Le juge crée donc, fictivement, une nouvelle « norme obligatoire » pour les opérateurs, celle de la plus petite émission possible (qui n'est pas sans rappeler le système imposé à l'industrie nucléaire de l'ALRA pour « As Low as Reasonably Achievable ou aussi bas qu'il est raisonnablement possible). Le démantèlement n'est imposé que dans la mesure où l'opérateur n'avait proposé aucune solution alternative. Et chaque couple demandeur obtient 7 000 euros de dommages et intérêts au titre du sentiment d'angoisse dont chacun d'entre eux a souffert au cours des trois années écoulées. Il reste que la détermination de ce dernier chef de préjudice est sans doute critiquable, faute de savoir si cette angoisse, personnelle, était suffisamment justifiée pour accorder 7000 € de dommages et intérêts.

M D

SOCIAL

Management de société.

Cass. soc., 11 mars 2009 (n° 07-40.813, FS+P+B+I), M. et Mme X c/ société Distribution Casino. « (...) si le gérant non salarié d'une succursale peut être rendu contractuellement responsable de l'existence d'un déficit d'inventaire en fin de contrat et tenu à en rembourser le montant, il doit au terme de l'article L. 782-7 du Code du travail devenu L. 7322-1, bénéficier de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale ... ». Le gérant non salarié de

succursale, notamment des sociétés de commerce de détail alimentaire, est régi dans ses relations avec l'entreprise propriétaire, par la réglementation sociale alors même qu'ils ne sont pas travailleurs subordonnés. Les articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail organisent en effet leur statut, à l'image des VRP ou des conjoints de chef d'entreprise. La jurisprudence sociale fait bénéficier ces travailleurs indépendants de tous les avantages accordés aux salariés : heures supplémentaires, protection de l'inaptitude physique, rémunération minimale au SMIC, etc. Dans le cas d'espèce, le Juge a évidemment constaté qu'il n'existait aucun contrat de travail entre les époux cogérants d'une succursale et la société Distribution Casino. Cela permettait a priori à l'entreprise propriétaire de mettre en œuvre un article du contrat de cogérance, pré-constituant une faute lourde en cas de manquement de marchandise ou d'espèces provenant des ventes : la rupture du contrat de cogérance avait effectivement été prononcée.

Reprenant une solution ancienne (cf. Cass. soc 28 octobre 1997, CSB. 1998.39, A.8) la Cour de cassation rappelle la force impérative de la réglementation sociale : le gérant non salarié ne peut être privé dès l'origine par une clause du contrat commercial, du bénéfice des règles protectrices relatives à la rupture des relations salariées. La résiliation prononcée par la société Distribution Casino s'analysait donc en définitive comme un licenciement abusif, c'est-à-dire dénué de cause réelle et sérieuse.

B.S.

Procédures collectives

Cass. soc., 10 mars 2009 (n° 07-45.326, FS+P+B+I), CGEA c/ M. X et société Legal Le Goût. « (...) en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'entreprise, laquelle n'est pas en état de cessation des paiements, seules sont garanties les créances résultant de ruptures intervenues pendant la période d'observation et dans le mois suivant le jugement qui a arrêté le plan de sauvegarde ... ». Lorsque l'entreprise employeur se trouve soumise à un redressement judiciaire, dès le jugement d'ouverture les créances salariales (rémunérations et charges sociales) sont garanties par l'assurance garantie des salaires (AGS), laquelle est gérée par un organisme dépendant du Pôle Emploi, le CGEA. Il s'agit bien entendu d'une protection des créanciers salariés ; il s'agit aussi en cas de plan de continuation ou de cession, d'une protection de l'entreprise elle-même voire de ses dirigeants propriétaires : l'AGS prend en effet immédiatement le relais de l'employeur débiteur, même si elle recouvrera sa créance dans le cadre du plan de redressement éventuellement arrêté, ce qui suffit souvent à redonner du souffle à l'entreprise. La

procédure de sauvegarde, récemment introduite dans le panel des instruments d'assistance économique à l'entreprise, est destinée à intervenir avant même le "dépôt de bilan" : inspirée de mécanismes anglo-saxons, il s'agit d'un instrument de gouvernance loyale à destination des débiteurs.

En l'espèce un salarié obtient la condamnation de son employeur à lui verser diverses sommes ; mais en cours de procès prud'homal l'entreprise fait l'objet d'une procédure de sauvegarde. Le CGEA a été appelé en la cause mais il a refusé sa garantie. La Cour de cassation confirme cette position : l'AGS n'intervient qu'en cas de cessation des paiements, et cet état n'est pas encore atteint (...) au moment de la procédure de sauvegarde. Il faudra attendre le redressement judiciaire de l'employeur pour bénéficier de la couverture de l'AGS.

B.S.

Gestion des ressources humaines : organisation des temps de travail.

Cass. soc., 04 mars 2009 (n° 07-45.291 et suivants, FS+P+B+I), MM. X, Y etc. c/ société Schneider automation. « (...) il résultait de l'accord [instaurant un forfait jours] qu'aucune retenue ne pouvait être effectuée pour une absence inférieure à une demi-journée de travail ... ». L'aménagement du temps de travail des cadres a toujours été le siège de nombreuses tensions sociales, voire de conflits et contentieux. L'on sait désormais depuis la réforme des lois Aubry à la fin des années 1990, que ce salarié en principe est soumis à la réglementation du temps de travail, lequel prévoit un standard temps plein à 35 heures hebdomadaires ou équivalent. Bien entendu il est loisible aux parties au contrat de travail, de convenir d'un forfait en heures supplémentaires, qui permettra de dépasser constamment et hors contingent annuel, le standard susvisé. On a même récemment étendu la possibilité d'organiser de façon radicalement différente l'activité de l'encadrement ou des salariés itinérants, par l'adoption d'un forfait en jours de travail : la période de référence est l'exercice annuel, au sein duquel l'intéressé quantifie son activité par journée ou demi-journée. Une rémunération forfaitaire est décidée, et dans la plupart des cas, des missions à terme sont convenues. La difficulté survient alors toujours lorsque l'on prétend appliquer à un tel modèle dérogatoire, des dispositions classiques et notamment des mécanismes horaires.

En l'espèce les cadres de l'entreprise Schneider automation étaient soumis à une telle convention de forfait, dont le module de base était la demi-journée de travail ; un accord national du 28 juillet 1998 modifié par avenant du 29 janvier 2000, prévoit l'ensemble des modalités applicables à ces forfaits jours. Mais cette

norme conventionnelle ne régit pas l'hypothèse d'un arrêt de travail notamment dans le cadre d'une grève... Dans les arrêts qui nous occupent, ces cadres ont cessé le travail pour protester collectivement au sein de l'entreprise, pendant une heure et demi, c'est-à-dire pour un temps inférieur à une demi-journée ; la direction des ressources humaines a défalqué de leur rémunération une demi-journée entière. Sanction de la Cour de cassation, pour laquelle la retenue de salaires doit être strictement proportionnelle à l'arrêt de travail : or il était établi en l'espèce que les salariés n'avaient pas fait grève une demi-journée complète : la protestation du salarié est ici indolore financièrement pour l'intéressé...

B.S.

Gestion des ressources humaines : reclassement

Cass. soc., 04 mars 2009 (n° 07-42.381, FS+P+B+I), société PBM c/ MM. X, Y etc. « (...) l'employeur ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté de ses salariés, exprimée à sa demander par avance, en dehors de toute proposition concrète ... ». L'employeur est responsable de la santé de ses salariés, ainsi que de l'emploi créé par l'entreprise ; c'est la raison pour laquelle une obligation de sécurité de résultat a par exemple été mise à sa charge, ainsi qu'une obligation de moyen quant au maintien de l'emploi. A ce titre, il est tenu à rechercher loyalement l'ensemble des possibilités de reclassement d'un salarié menacé d'un licenciement économique, ou pour inaptitude physique. Cette obligation de reclassement s'entend de toutes les possibilités réelles de ré-emploi, et ce même si cela exige de l'entreprise employeur d'engager une modification du poste de travail, ou bien une formation du salarié concerné. Cet effort de reclassement suppose que les recherches soient menées à la fois dans l'entreprise, mais aussi dans les établissements ou autres entreprises du groupe, et ce même s'ils se situent à l'étranger. Bien entendu si ces propositions de reclassement entraînent une modification du contrat de travail, l'accord exprès du salarié est nécessaire : son refus autorise alors le licenciement.

En l'espèce l'employeur a fait des propositions de reclassement dans le cadre d'un licenciement économique ; s'appliquant à anticiper au mieux ces transferts de *task force*, dans le prolongement de sa démarche de gestion prévisionnelle de l'emploi, il édite un questionnaire individuel qui demande à chaque salarié de mentionner leurs contraintes et limites en terme de mobilité, géographique ou professionnelle. Prenant en compte les réponses des intéressés, il propose les reclassements a posteriori, en choisissant certaines offres en fonction des réserves des salariés. Ce faisant, le Juge considère que par définition il a manqué

à son obligation de reclassement : c'est l'ensemble des offres qui doivent être communiquées aux salariés menacés de licenciement, et ces salariés ensuite, en toute connaissance de cause, peuvent refuser celles-ci en raison de leurs contraintes de mobilité.

B.S.

Relations collectives de travail

Cass. soc., 04 mars 2009 (2 arrêts : n° 08-60.401 et n° 08-60.436, FS+P+B+I), société Flexi France c/ CGT et société ISS sécurité c/ CFTC. « (...) si le nombre des représentants ... tel qu'il est fixé par la Loi peut être augmenté par accord collectif, ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales correspondantes ; ... il s'ensuit que l'employeur qui décide unilatéralement une telle augmentation peut unilatéralement décider de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont pas cessé d'être applicables, sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité entre tous les syndicats concernés et, pour répondre à l'exigence de loyauté qui s'impose en la matière, de les en informer préalablement ... ». Les dispositions du Code du travail en matière de représentation du personnel sont d'ordre public, et ne souffrent aucune dérogation, hormis strictement celles prévues par la Loi elle-même ; ainsi les partenaires sociaux peuvent négocier notamment au sein de chaque entreprise, un accord collectif aménageant le Droit syndical largement considéré : durée des mandats électifs, obligations de négocier régulièrement, prérogatives supplémentaires des représentants, etc. Notamment le nombre des institutions représentatives ou des représentants qui les composent peut être augmenté ; les dispositions légales prévoient un volume de représentants, proportionnel à l'effectif salarié de l'établissement siège de l'institution : un accord collectif peut prendre en compte certaines spécificités de cet établissement pour élargir la représentation collective du personnel (dispersion des sites, fusion de plusieurs établissements, multiplication et complexité des missions, etc.). Toutefois la réalité est bien différente des prévisions du Législateur, et rares sont les accords au sein des PME qui abordent la question du Droit syndical ; en revanche les pressions sociales peuvent souvent générer des pratiques aménageant effectivement le nombre et la nature des mandats de représentation. Le juriste qualifie immédiatement ces pratiques répétées, générales et conférant un avantage salarial : il devrait s'agir d'un usage, la plupart du temps né d'un engagement unilatéral de l'employeur sous la pression de ses partenaires. La dénonciation d'un tel usage a été encadrée par la jurisprudence, et nécessite une information individuelle et collective des salariés, un délai de prévenance et une obligation de négocier sur l'objet de la pratique

dénoncée.

La Cour de cassation réfute cette vision sans doute simpliste des relations sociales : ces pratiques ne *peuvent pas* être un usage au sens prétorien du terme, car seul un accord collectif peut aménager les dispositions légales d'ordre public, en la matière. Il s'agit donc d'une tolérance, sur laquelle par conséquent l'employeur peut revenir unilatéralement et librement. Bien sûr aucune discrimination syndicale ne peut être commise à cette occasion : l'employeur peut user du droit de revenir sur sa tolérance, il ne peut en abuser. Mais la Chambre sociale élabore de plus une ébauche de procédure de "dénonciation" de cette tolérance : il conviendra en effet de respecter une obligation d'information préalable des syndicats en présence.

B.S.

Contentieux prud'homal

Cass. soc., 10 mars 2009 (n° 07-44.092, FS+P+B+I), M. X c/ société Entreprise Dijonnaise de Bourgogne. « (...) le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, emporte à lui seul la nullité de plein droit du licenciement ... ». Devant le Conseil de prud'hommes, hormis quelques subtilités juridiques de fond, le débat se noue autour des questions relatives à la charge de la preuve ; essentiellement factuel, le contentieux prud'homal est exotique surtout en raison des multiples présomptions qu'impose le Code du travail, et qui sont défavorables systématiquement à l'employeur : qualification du contrat de travail dérogatoire, justification des heures supplémentaires, motif de licenciement, etc. Or en matière de libertés individuelles, ces mécanismes probatoires exceptionnels sont à leur apogée : le salarié victime pose un ensemble de faits établissant une éventuelle discrimination, ou un possible harcèlement ; à l'employeur ensuite à faire la preuve objective de ... l'absence d'abus ! Mais la Cour de cassation augmente encore la difficulté, et ajoute à la protection légale en la matière. En effet la Loi prévoit évidemment que le salarié qui dénonce des faits de harcèlement, notamment, ne peut pas être sanctionné ou licencié au motif de cette dénonciation. Par ailleurs toutefois la jurisprudence admet que l'abus de son droit d'expression est un motif de licenciement (parfois disciplinaire) du salarié qui diffuse des accusations infondées à l'encontre de ses collègues, supérieurs, ou encore de l'entreprise elle-même.

Mais si cette diffusion infondée accuse autrui de harcèlement (on peut ajouter la discrimination), alors tout licenciement est nul en raison des dispositions légales protectrices susvisées ! Ainsi dans le cas d'espèce le salarié s'est répandu par courrier en accusations

diverses auprès de son employeur, et en particulier il s'est plaint d'être victime de harcèlement. Ne pouvant pas prouver ces accusations, il a été licencié pour faute grave. Le Juge finalement annule le licenciement, en raison du fait qu'on ne peut licencier un salarié dénonçant un harcèlement ou une discrimination ; la seule exception concerne le salarié de mauvaise foi : or

le Juge indique ici que cette mauvaise foi n'était pas démontrée, alors même qu'il est objectivement reconnu que les accusations proférées étaient fantaisistes. En effet la mauvaise foi ne peut pas "... *résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis...* »

B.S.

DOSSIER SPECIAL

LA FRANCHISE ET SES ALTERNATIVES

Le succès de la formule du contrat de franchise ne se dément pas. C'est une très belle technique contractuelle permettant de réaliser un modèle financier ; la transmission des éléments assurant une réussite commerciale fondée sur une marque et une notoriété, un savoir-faire et une assistance du franchisé. On s'accorde en général pour le « définir » comme un contrat par lequel un franchiseur qui a mis au point un savoir-faire cohérent et expérimenté communique les éléments de celui-ci et les signes distinctifs qui en permettent l'exercice à des commerçants moyennant rémunération (droit d'entrée et redevances). C'est une formule en pleine réussite comme le nombre croissant de réseau le montre, dans tous les domaines : franchise de distribution de produits, franchise de services, franchise de restauration, franchise hôtelière, franchise industrielle.

Pourtant, quelques difficultés, liées à l'évolution de la jurisprudence ou de la législation, ont contribué à dresser un bilan mitigé de la franchise.

a. – Ces-ci peuvent relever de l'image de la franchise.

– Celle-ci n'est toujours très bonne en raison de l'idée répandue selon laquelle elle la franchise par nature déséquilibrée au profit du franchiseur qui « vend » son concept à des franchisés. La loi « Doubin » du 31 décembre 1989, devenue article L. 330-3 du Code de commerce s'était ainsi présentée comme une technique de moralisation de la conclusion des contrats de franchise, même si son objet dépasse largement le cadre de la franchise.

– De même un arrêté impose à tout franchisé de faire valoir de façon apparente qu'il est un « commerçant indépendant ».

Ce n'est pas cet arrêté qui pose véritablement difficulté mais l'image qui, en négatif, en résulte : le franchisé apparaîtrait comme une émanation du franchiseur, et on pourrait se demander s'il est bien titulaire d'un fonds de commerce, ce qui est l'une des conditions d'application du statut des baux commerciaux. Depuis 1993, la jurisprudence a en effet régulièrement été interrogée sur ce point. Les circonstances étaient généralement voisines : un franchise est titulaire d'un bail commercial pour l'exploitation de son fonds de commerce. Or, à l'occasion d'un renouvellement, la bailleur le refuse prétextant de l'absence de fonds de commerce du franchisé pour refuser l'alternative proposée par le droit des baux commerciaux entre le renouvellement et le paiement de l'indemnité d'éviction (*Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2000, Cab. dr. entr. 2001/4, p. 26 obs. J.-L. Respaud, Cass. civ. 3^{ème}, 12 juill. 2000, Contrats conc. consom. 2001, comm. 1, obs. L. Leveneur ; JCP 2001, éd. E, II, p. 177, note M. Keita ; Cab. dr. entr. 2001/2, p. 29, obs. J.-L. Respaud, Paris, 4 oct. 2000, RTD com. 2001, p. 50, obs. J. Déruppé ; JCP 2001, éd. E, II, p. 324, note B. Boccara ; D. 2001, somm. p. 301, obs. D. Ferrier, p. 1718, note H. Kenfack*). Sans doute la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a, le 27 mars 2002, proposé une solution favorable au franchisé dans l'arrêt *Trevisan*: « 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, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle crée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls ... » (*Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2002, D 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; somm. 3006, obs. D. Ferrier, JCP 2002, II, 10112, note F. Auque ; obs. J.-L. Respaud, Cab. dr. entr. 2002, n° 5, p. 20*). Il reste que la distinction opérée par la Cour de cassation dans cet arrêt entre la clientèle nationale et la clientèle locale semble bien artificielle et inutilement compliquée et que la suspicion pesant sur l'existence d'un fonds de commerce au profit du franchisé n'a pas été véritablement effacée.

– Une seconde conséquence peut entraver le cours de l'existence du contrat de franchise par l'application ou bien des règles du droit du travail (*J. Guyénot, L'immixtion des règles du droit du travail dans les rapports entre concédants et concessionnaires, Gaz. Pal. 1996, 2, doctr. p. 457*), comme une série d'arrêt en 2001 l'a initié, sur le fondement de l'article L. 781-1 ou L. 781-2 du Code du travail, ou bien des règles du droit des sociétés à travers l'abus de la personnalité morale, pour retrouver l'application du droit du travail.

Ce sont là deux écueils majeurs qui entravent le bon fonctionnement d'un réseau de franchise.

b. – Ces rigidités que le contrat de franchise rencontre peuvent également tenir à des contraintes juridiques.

– Les instruments de contrôle de l'exploitation du savoir-faire par les franchisés sont parfois le vecteur d'une attraction du franchiseur dans la faillite du franchisé.

– C'est le cas surtout des contraintes posées par le droit de la concurrence et plus particulièrement par les règles du droit communautaire de la concurrence, mais aussi par application des règles plus communes comme celles de la prohibition des prix de revente minimum imposés, pratiques qui est d'une part pénalement sanctionnée et d'autre part conduit à des sanctions concurrentielles presque automatiques.

Identifier alors des alternatives au contrat de franchise de distribution suppose que les objectifs de ce dernier soient bien cernés.

Il s'agit, pour le fournisseur de conclure un contrat qui est en lui-même une source de profit lui permettant de rémunérer l'investissement créatif et expérimental lui ayant permis d'aboutir au développement du savoir-faire : le contrat de franchise est le plus souvent un contrat conclu moyennant le paiement d'un « droit d'entrée » et des redevances assises sur le chiffre d'affaires du franchisé.

Le contrat de franchise est ensuite une technique qui sert à assurer la transmission et le respect d'un savoir-faire original et de signes distinctifs dans le but de la distribution de biens ou de services ; à constituer un réseau homogène ; à assurer une certaine uniformité à ce réseau ; à permettre une certaine ingérence du franchiseur dans la gestion par le franchisé de son point de vente, à la question des prix de ventes aux utilisateurs n'est pas absente.

Selon que le promoteur du réseau souhaitera insister sur telle ou telle composante de cet objectif, il privilégiera telle ou telle formule. Le dernier point, cependant, tenant à l'imposition ou le conseil de prix imposé n'est pas le moindre. Or, c'est celui qui est le plus sévèrement combattu : toute clause de ce type retirerait aussitôt l'exemption dans les conditions posées par le règlement n° 2790/99 ; pire, l'accord ne pourrait plus être considéré comme un accord d'importance mineure au sens du droit communautaire de la concurrence et ces clauses sont en outre, en droit français, pénalement sanctionnées (C. com. art. L. 442-5).

Dans cet esprit, les alternatives au contrat de franchise de distribution passent par les autres contrats de distribution (I) mais aussi au-delà du modèle des contrats cadres de distribution (II).

I. – LES ALTERNATIVES AU CONTRAT DE FRANCHISE AU SEIN DES CONTRATS CADRE DE DISTRIBUTION

La recherche d'alternatives contractuelles au contrat de franchise peut s'effectuer par de simples aménagements ou variations du contrat de franchise (A) ou bien par des contrats concurrents du contrat de franchise (B).

A. – Les variantes du contrat de franchise

De nombreux aménagements et variantes du contrat de franchise sont possibles, ne serait-ce parce que répétons-le, la nature et le contenu du contrat de franchise ne sont en rien figés.

1. – Certains sont inopérants. C'est ainsi qu'on rencontre des contrats qui se présentent comme des « *contrats de partenariat* » ou bien comme des « *contrats de coopération* ». Fort souvent cependant, ces contrats sont des contrats de franchise dont seul le titre a changé pour des raisons de pur marketing.

2. – Certains aménagements peuvent par ailleurs présenter un certain intérêt.

a. – Les deux principales variantes du contrat de franchise sont le **contrat de franchise principale** et le **contrat de franchise de stand**.

Le contrat de franchise principale est une technique permettant le développement sur une large échelle d'une formule de distribution, souvent internationale, empruntant ou bien au mandat ou bien à la sous-franchise, permettant de conclure des contrats de franchise au nom et pour le compte du mandant principal ou bien des contrats de sous-franchise. L'essentiel de la difficulté consiste, ici, à choisir entre les deux formules.

Le contrat de franchise de stand appelé aussi « franchise-corner » est considéré comme un contrat de franchise qui porte sur un emplacement réservé à une marque et des produits déterminés à l'intérieur d'un point de vente. L'intérêt de la formule tient à l'existence d'une pluralité de formules concurrentes au sein de ce point de vente. Cette technique se rencontre par exemple au sein des grands magasins en vue de la distribution de produits de luxe,

parfumerie ou vêtements par exemple. Elle peut aussi être considérée comme une alternative au contrat de distribution sélective, dans les grands magasins notamment, voire d'un simple contrat de dépôt mandat. Le « franchisé de stand » n'est pas nécessairement débiteur d'une exclusivité d'approvisionnement ; il ne dispose pas de l'obligation d'utiliser de façon exclusive une marque ou une enseigne. Le « franchisé de stand » n'utilise cette marque ou cette enseigne que de façon limitée, sur le stand. L'exclusivité est alors limitée au stand. La communication du savoir-faire est limitée, concentrée au particularisme de ce mode de distribution et à des techniques communes à bien des contrats de distribution : utilisation de code de présentation des produits ou des services, de techniques de gestion du « franchiseur ». Encore que bien des variantes soient possibles.

b. – Une autre formule alternative repose sur une formule allégeant la rigueur du contrat de franchise. Celui-ci se présente en effet comme un contrat qui s'appuie sur un savoir-faire transmis. Or, nombre de difficultés tiennent à l'identification de ce savoir-faire, notamment pour des formules de franchise de distribution. Au lieu de chercher à durcir artificiellement en effet un savoir-faire dont l'intensité pourrait être discutée, il pourrait être préférable de s'en tenir à la réalité technique et convenir d'un contrat d'approvisionnement assorti d'une **convention de conseils techniques de vente** fondée sur la fourniture de conseils techniques, plus intenses qu'une assistance traditionnelle. La rémunération du fournisseur serait sans doute limitée en conséquence, tant s'agissant de la pratique des droits d'entrée que des redevances.

B. – Les concurrents du contrat de franchise

Les alternatives se situant au-delà du contrat de franchise repose sur plusieurs formules contractuelles : citons les formules-types (1) et des formules sui generis (2).

1. – Les alternatives par des formules-types

Ce que l'on peut appeler « formule-type » correspond aux grands modèles de contrats de distribution : contrat de concession et contrat de distribution sélective.

Le contrat de **concession commerciale** ou **distribution exclusive** est un contrat cadre de distribution par lequel le titulaire de signes distinctifs, appelé concédant, s'engage à fournir exclusivement sur un territoire déterminé son cocontractant, appelé concessionnaire, lequel, en retour, s'approvisionnera exclusivement chez le concédant avec pour objectif de revendre ces produits dans le territoire concédé. La principale différence entre les deux formules contractuelles tient à la question de l'exclusivité territoriale : elle est indispensable dans le contrat de concession, point dans le contrat de franchise (*Paris, 24 sept. 1990, D. 1990. 22 (concession) ; Cass. com., 16 janvier 1990, D. 1990, som. 369, obs. D. Ferrier (franchise)*), mais aussi à la présence d'un savoir-faire qui caractérise la franchise. Le franchiseur n'est pas nécessairement un producteur, il peut se contenter de proposer des collections de produits : tel est son savoir-faire.

Le contrat de **distribution sélective** répond à une autre logique : un contrat par lequel un producteur sélectionne un distributeur en fonction de critères qualitatifs établis de manière non discriminatoire et pour autant que la formule soit nécessaire pour la distribution des produits : la formule est très différente des précédentes car les objectifs économiques sont eux-mêmes très différents. Généralement utilisée pour la distribution des produits de luxe ou de haute technicité, elle ne contient pas de clause d'approvisionnement exclusif – le distributeur est même souvent incité à conclure des contrats de distribution exclusive avec d'autres producteurs – ni d'exclusivité territoriale. L'objectif est en effet ici de permettre à des distributeurs d'obtenir les marchandises objets de ces contrats sans contrainte quantitative. L'alternative avec le contrat de franchise est ici encore possible pour autant que les objectifs les moins importants des parties soient l'exclusivité territoriale et l'exclusivité d'approvisionnement.

2. – Les alternatives par des formules contractuelles sui generis

A partir du moment où l'on admet que la qualification d'un contrat cadre achoppe sur l'absence de régime supplétif propre ; on peut imaginer toutes sortes de contrats cadres de distribution indépendamment des modèles traditionnels. L'essentiel est, pour les parties, d'organiser des formules contractuelles associant des obligations et des conventions permettant de réaliser leurs objectifs, dans lesquels on retrouvera des clauses d'exclusivité, des clauses d'approvisionnement, entre autres.

Cette recherche est pour l'essentiel relativement vaine dès lors que l'on recherche une formule absolument

nouvelle dans la mesure où les techniques contractuelles obéissent à des contraintes économiques qui, pour l'essentiel, ressemblent aux formules identifiées par les formules-types : franchise, concession, distribution sélective, agrégation... Quel que soit le titre des contrats retenus, le choix d'un contrat répondra à l'un ou l'autre de ces objectifs. C'est donc vraisemblablement au-delà des contrats cadres qu'il faut poursuivre cette recherche.

II. – LES ALTERNATIVES HORS LES CONTRATS CADRE DE DISTRIBUTION

D'autres formules contractuelles peuvent être envisagées, au-delà des formules types proposées par les contrats cadres de distribution : on songe notamment aux contrats de représentation. Ceux-ci permettent à un représentant de conclure des contrats pour le compte d'un représenté, en son nom ou point, il s'agit alors d'un contrat de commission (A). On songe également aux contrats emportant transfert de la jouissance d'un fonds de commerce, comme le contrat de location gérance (B) ou au contrat de management (C).

A. – Le contrat de commission-affiliation

Le contrat de commission est un contrat de représentation, très ressemblant au contrat de mandat, par lequel le commissionnaire agit pour le compte du commettant mais en son propre nom. Il s'agirait ici d'un contrat de commission à la vente. Le contrat de commission est un contrat opaque à l'égard des tiers contractants du commissionnaire.

L'alternative véritable repose sur la formule du contrat de commission-affiliation dont le succès se rencontre essentiellement dans le secteur de l'habillement et plus généralement des accessoires à la personne, comme alternative à la franchise, ce qu'un arrêt récent, l'arrêt *Chattavack* du 28 février 2008 de la Chambre commerciale de la cour de cassation (n°06-20772, JCP 2008, II, 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud, adde, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *A propos du contrat de commission affiliation*, Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz, 2007, p.705

En premier, l'autonomie de la formule de commission affiliation est désormais acquise au regard du contrat de mandat ; or c'était le principal enjeu de cet arrêt, assurer le paiement d'une indemnité de fin de contrat sur le fondement de l'article L. 134-12 du Code de commerce règle propre au contrat d'agence commerciale. C'est clair, le contrat de commission affiliation n'est pas un contrat de mandat, encore moins un contrat d'agence commerciale et se rapproche davantage du contrat de commission, le visa de l'article L. 132-1 du Code de commerce dans l'arrêt est à cet égard explicite. Cette question est importante du point de vue des principes contractuels en jeu, et, d'un point de vue pratique, au regard de l'application des contraintes d'indemnisation posées par le contrat d'agence commerciale. Elle ne l'est cependant pas du tout s'agissant de la question du traitement des prix des marchandises.

En effet, la question qui importe dans l'hypothèse d'une alternative cohérente à la franchise de distribution concerne est celle de la compatibilité avec les logiques de la franchise. La franchise est en effet, pour résumer, une technique contractuelle permettant d'habiller un projet financier consistant à assurer une forme d'ubiquité commerciale à moindre frais, sur la base d'une réussite commerciale qui est réitérée grâce à des outils comme l'enseignement d'un savoir-faire, la mise à disposition d'une marque et une assistance large.

Dans le cadre d'une franchise ayant pour objet la distribution de produits, l'outil traditionnel est la vente : le contrat de franchise organise, outre les logiques de la franchise, les conditions dans lesquelles le franchiseur vend au franchisé qui revend aux consommateurs. Or, le franchiseur ne peut que difficilement imposer ou conseiller les prix de revente, surtout des prix minimum, au franchisé, sauf à risquer des sanctions pénales et pire, concurrentielles et civiles, lourdes. L'alternative utilisée par le contrat de commission affiliation modifie la perspective. Le commettant-affiliant, le franchiseur donc, demeure propriétaire du stock, et charge l'affilié, commissionnaire, de vendre en son nom mais pour le compte du franchiseur. C'est ce modèle que valide l'arrêt « Chattavak » du 28 février 2008, en distinguant le contrat de commission affiliation d'un contrat de mandat ou d'agence commerciale.

L'intérêt second est alors de permettre au franchiseur ou affiliant de fixer lui-même les prix des marchandises vendues par l'affilié, et non revendues par ce dernier, puisque l'affilié les vend, certes en son nom, mais pour le compte du franchiseur-commettant

Or, c'est bien là un second problème qui, à bien des égards est à l'origine de cette création contractuelle originale, essentiellement dans le secteur de vente en réseau de vêtements voire plus largement dans le secteur de la franchise de distribution.

Dans le système de franchise traditionnelle fondée sur la vente, en effet, le franchiseur vend au franchisé qui revend aux clients. Dans cette situation, l'imposition de prix minimum de revente est interdite et ce à plus d'un titre :

c'est d'abord une sanction pénale automatique posée par l'article L. 442-5 du Code de commerce. Sans doute la présence de prix simplement conseillés permet de contourner cet obstacle. Encore convient-il que les prix soient vraiment conseillés, c'est-à-dire qu'on ne puisse repérer aucune obligation de respect de quelque manière que ce soit, ni aucune sanction liée au non respect des conseils.

C'est ensuite et de manière assez complexe la question de l'application du droit antitrust. Si l'on s'en tient à la sanction des ententes anticoncurrentielles, l'application des règles du droit antitrust, français ou communautaire n'est pas automatique : encore convient-il que la barre de 30 % de parts de marché ne soit pas atteinte, en application du Règlement n°2790/99. Toutefois cette exemption automatique, aubaine pour les réseaux de distribution, échoue face à une « restriction caractérisée ». Or, la fixation des prix de vente est une telle restriction caractérisée et les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence ne s'embarrassent pas de la distinction entre prix imposés et prix conseillés : il suffit que des prix de revente soient proposés, et acceptés pour qu'une entente soit constituée, en droit français tout au moins, de manière un peu plus complexe en droit communautaire de la concurrence.

Même ainsi, l'application du droit de la concurrence reste rare : en effet, le droit français comme le droit communautaire fixent un seuil d'accès au droit antitrust, établi à 15% ou 5% du marché, selon les cas, interne ou communautaire. Le réseau qui occupe une place inférieure à 15% (ou 5%) du marché échappe donc au droit de la concurrence et celui qui occupe une place inférieure à 30% est exempté automatiquement. Toutefois, ce seuil d'accès est écarté dès lors qu'une restriction caractérisée, telle une clause de fixation des prix apparaît. Par conséquent, une telle clause écarte l'exemption et, pire, rend applicable le droit antitrust même en dessous du plancher, 15%.

C'est dire la lourdeur du mécanisme, et l'aubaine de la commission affiliation.

Dans ce système, en effet, le fournisseur met à la disposition du commissionnaire des marchandises qu'il est chargé de vendre, en son nom, mais pour le compte du fournisseur, le tout en respectant les exigences en terme de condition de commercialisation du fournisseur. En toute hypothèse, aucun transfert de propriété entre le fournisseur et le commissionnaire, mais un dépôt, qu'il convient d'aménager contractuellement de sorte que la vente s'effectue directement entre le fournisseur et le client. Si le fournisseur fixe un prix de vente à respecter, il ne s'agit pas d'une imposition de prix de *revente*, mais de *vente* : l'article L. 442-5 est contourné, comme les règles du droit de la concurrence, apparemment au moins, car il faudrait réaliser une analyse plus fine d'un tel contrat sur le fondement des lignes directrices du Règlement n°2790/99 (points 15 et s. notamment).

De ce point de vue, aucun doute, le prix, dans le système de commission affiliation est bien l'épine dorsale de la formule et la logique qui, bien souvent, structure le choix de la commission affiliation, comme il y a 25 ans, cette logique avait transformé la distribution de l'essence en France.

B. – Le contrat de management

Le contrat de management dit aussi contrat de gestion d'entreprise est un contrat apparu dans la pratique (K. Torbey, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés*, Th. Paris, II, 2001 : Ph. Merle, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, D. 1975. Chr. 245 ; M. Jeantin, *Contrat de gestion d'entreprise*, J. Cl. Contr. distr. fasc. 450). Il consiste en une formule exactement inverse de celle de la franchise. Par ce contrat, le propriétaire d'un fonds de commerce conclut un contrat avec une personne disposant de techniques de gestion, commerciales, techniques, un savoir-faire... particulier par lequel cette dernière, entreprise gestionnaire, sera chargée de la gestion, notion floue à préciser contractuellement, de l'entreprise gérée. Cette gestion passe par un transfert de la responsabilité de la gestion de l'entreprise, autonome, gérée, parfois associé à une convention d'assistance par intégration de l'entreprise gérée à l'entreprise gestionnaire, même si bien entendu bien des degrés peuvent être identifiés en pratique.

Jeantin précisait que :

« Le contrat de gestion est en général conclu entre deux personnes morales - le plus souvent des sociétés. Une société propriétaire construit ou achète un ensemble économique entièrement équipé et susceptible d'être mis immédiatement en exploitation. La société gestionnaire, qui est spécialisée dans certaines activités économiques dans lesquelles elle possède un savoir-faire important, va assurer l'exploitation de cette entreprise pendant une durée qui est généralement fixée entre 10 et 20 ans ;

Les clauses principales d'un tel contrat portent sur la description précise de l'unité économique objet de la convention. Si, comme il est fréquent, elle est en cours de construction lors de la signature du contrat, on prévoira de manière précise la date d'achèvement des travaux.

L'entretien et l'aménagement des biens est assuré par le propriétaire, la société gestionnaire devant assurer certaines prestations correspondant au savoir-faire détenu.

Un partage des profits est généralement établi sur la base suivante : la société gestionnaire est rémunérée par un pourcentage (1 à 5 %) des chiffres d'affaires hors taxes, 10 à 15 % du profit brut d'exploitation. Certains contrats prévoient une rémunération supplémentaire au profit des gestionnaires si son organisation centrale (cas de l'hôtellerie) assure une commercialisation internationale au profit de l'unité économique dont il assure la gestion. La société propriétaire conserve le solde net des opérations après les prélèvements du gestionnaire.

Il existe certains contrats de gestion dits « avec partage des risques ». En ce cas le gestionnaire ne prélève sur les résultats d'exploitation que son premier pourcentage. Le pourcentage calculé sur le profit brut d'exploitation ne lui sera versé qu'après que le propriétaire de l'unité de production ait prélevé une somme correspondant à une rémunération minimale des sommes investies;

Ces contrats de gestion étant conclus entre entreprises de nationalités différentes voire avec certains états qui jouent alors le rôle de la société propriétaire, une clause d'arbitrage est toujours stipulée dans la convention » (M. Jeantin, Contrat de gestion d'entreprise, op. cit. n°17-18).

On trouve en pratique ce contrat dans certains secteurs déterminés. Celui de l'hôtellerie de la restauration collective pour des contrats conclus entre le propriétaire d'un immeuble hôtelier et une société de gestion disposant d'une enseigne et des techniques de gestion particulières : les chaînes Hilton, Sheraton, Holiday Inn par exemple sont ainsi gérées. Le secteur de l'industrie connaît également ce type de contrats, comme dans les contrats de construction « clés en mains » ou encore dans le domaine de la distribution, pour la gestion de grandes surfaces. Aucune exclusive n'empêche une extension de la formule à d'autres secteurs de la distribution.

La formule contractuelle est fort différente de la franchise dans la mesure où l'entreprise gérée ne devient pas titulaire d'un savoir faire transmis par l'entreprise gestionnaire. C'est plutôt l'inverse : l'entreprise gestionnaire dispose d'un tel savoir faire et le conserve pour gérer l'entreprise qui lui est confiée. La qualification de ce contrat oscille entre celle de mandat et celle de contrat d'entreprise dans la mesure où des actes juridiques et des actes matériels sont effectués par l'entreprise gestionnaire. Le choix du contrat d'entreprise est sans doute la solution la plus souple.

Le régime de ce contrat de management pose plusieurs difficultés. En premier, l'entreprise gestionnaire s'oblige à diverses obligations d'exécution dans la gestion de l'entreprise gérée. Elle répond donc, naturellement, de la mauvaise exécution du contrat et donc de la mauvaise gestion, laquelle s'apprécie *in abstracto* et donc surtout en fonction des critères posés par le contrat. En second, l'intégration de l'entreprise gérée dans celle de l'entreprise gestionnaire ce qui peut emporter la responsabilité de cette dernière comme dirigeant de fait en cas de faillite de l'entreprise gérée. Enfin, une telle intégration a des conséquences sociales importantes, s'agissant des complexes questions de conflits de conventions collectives, de l'application des règles de l'article L. 122-12 du Code du travail ou relatives aux institutions représentatives du personnel.

D. Mainguy