

CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2014

dmainguy@wanadoo.fr
www.daniel-mainguy.fr

Avertissement

Ce travail destiné aux étudiants du Cours de droit de la distribution est l'abauche d'un ouvrage dont seules les parties utiles au cours sont ici présentée.

QUATRIEME PARTIE

LES ACCORDS PAR REGROUPEMENT : LE DROIT DE LA GRANDE DISTRIBUTION

1 Origines de la grande distribution. Sur le constat qu'il est bénéfique, pour un commerçant, de vendre beaucoup, il est tout aussi essentiel de bien acheter. A travers ces deux contraintes, apparaissent les deux éléments déterminants l'apparition de la grande distribution. Le premier est l'augmentation des volumes des ventes, apparus avec les « grands magasins », au-delà des foires du Moyen-âge, au milieu du XIXème siècle, Le Bon marché, puis Le Printemps (1). Par la suite ce sont des initiatives plus idéologiques comme les sociétés coopératives de consommation, ou de commerçants détaillants qui ont prospéré. Très vite, cette exigence se double de la volonté d'acquérir moins cher. L'une des difficultés tenait au fait que les producteurs contrôlaient le marché, à travers les tarifs de gros proposés, auxquels n'avaient pas accès les détaillants, jusqu'à ce que, regroupés, ils puissent effectivement y avoir accès. Le magasin Piggly Wiggly fut le premier à ouvrir un magasin en

¹Cf. L. Bernard, Les sociétés coopératives de commerçants détaillants, Th. Paris, 1975.

« libre service », en 1916 à Memphis, puis le premier supermarché fut inauguré en 1930. En France, le groupe Prisunic sur ce modèle fut fondé en 1935 et Edouard Leclerc, en 1949, lancèrent, après l'enseigne Aldi en 1948 en Allemagne, le concept de discompte, visant à attirer la clientèle par la prise en compte des remises dans les prix de revente, et le premier hypermarché, à l'enseigne Carrefour, à Sainte-Geneviève-des-Bois, en 1963. Mais c'est surtout dans les années 1970 et 1980 que ce concept s'est développé de manière intense.

Aujourd'hui, ce développement a atteint un point considérable dans le secteur de la grande distribution, sur la base d'un mouvement qui, des groupements d'achats, faits de détaillants ou de grossistes regroupés pour atteindre les tarifs de gros des producteurs puis profiter de la puissance d'achat pour négocier les prix, sont devenues les quelques grandes enseignes de la distribution.

Encore aurait-on tort de considérer que les méthodes et les outils de la grande distribution sont réservés à la distribution alimentaire. Bien au contraire, ce sont des techniques qui sont utilisées dans la distribution de produits spécialisés, des jouets, aux articles de sport, de bricolage, de jardin, et vêtements, etc., y compris à l'attention des professionnels (Metro, Promocash, Pomona, etc.) mais également comme technique d'organisation des achats de groupes plus réduits, dans le but de réaliser des économies dans l'achats. Un groupe de distribution de produits, par exemple gagne à disposer d'une filiale organisée sous la forme d'une centrale d'achats, pour l'acquisition des produits vendus, mais encore des équipements, du mobilier, etc.

Ordinairement, on distingue, dans la grande distribution tout au moins, les surfaces de distributions spécialisées (meubles, électroménager, livres, etc.) et des spécialisées lesquelles véhiculent en général l'image de la grande distribution. De même en est-il des « formats » de vente : on distingue les superettes, les supermarchés, les hypermarchés et le « hard discount. Certaines enseignes disposent de tous les formats, d'autres de certaines seulement, d'autres contrôlent des enseignes dans le secteur de la distribution spécialisée et dans la distribution des spécialisées. Encore, une distinction peut s'effectuer entre les enseignes qui

diffusent les produits via des commerçants, quel que soit le format, indépendants (ils sont propriétaires de leur fond de commerce) ou au contraire, sous la forme de succursale (l'enseigne est propriétaire des fonds de commerce), de franchise, de gérance, etc.

Certaines structures sont des sociétés commerciales, d'autres des coopératives, pourquoi pas des associations, notamment dans le commerce solidaire ; certaines concernent quelques distributeurs seulement tandis que d'autres brassent des fortunes colossales. C'est dire que, loin de l'uniformité apparente, la diversité règne au contraire, au gré des intérêts des promoteurs de ces groupements. Les services susceptibles d'être rendus varient considérablement, du moderne référencement, au simple achat-revente, de la mise en commun de service, au stockage, au paiement, à la garantie de paiement, etc.

En outre, si l'image du groupement à l'achat vient rapidement à l'esprit, les groupements de vente se rencontrent également, ou bien encore des regroupements de consommateurs, par exemple sur internet.

Etonnamment cependant, et alors que les plaintes contre ces formules, notamment contre la grande distribution déspecialisée, se multiplie depuis sa création, le législateur ne lui a pas consacré de disposition notable. Le législateur est intervenu pour assurer la protection du commerce traditionnel, en 1973 notamment, pour encadrer la construction de grandes surfaces, ou bien en 1981 pour imposer le prix du livre, ou encore pour modifier la législation sur les sociétés coopératives, mais point directement pour réglementer l'activité ou les contrats de la grande distribution. Un projet de loi fut pourtant élaboré en 2011, adopté par l'Assemblée nationale puis par le sénat, à la suite d'un avis rendu par l'Autorité de la concurrence le 7 décembre 2010 (2) *à propos des contrats d'affiliation de magasins indépendants et les*

2 ADLC, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire* : JCP E, 16 décembre 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté; JCP G, 14 février 2011, 177, note N. Dissaux; JCP E, 17 mars 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal; V. également A. Lecourt : RLDA, 2012, n° 67Comp. ADLC, déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011, *Pratiques mises en*

modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, et finalement abandonné. Tout juste existait-il un arrêté du 5 novembre 1946 qui tentait de définir la « centrale d'achat » (3), annulé ensuite par le Conseil d'Etat (4).

2 **Plan.** Nous observerons, dans ces accords, ceux intéressants les regroupements à l'achat (Titre 1) puis de vente (Titre 2).

TITRE 1. – LES ACCORDS ET TECHNIQUES DE REGROUPEMENT A L'ACHAT : LA GRANDE DISTRIBUTION

3 **Diversité et objectifs des types de regroupements.** Il serait inexact de prétendre pouvoir livrer une liste et une description des types de regroupements dans la mesure où les intérêts entre leurs fondateurs peuvent être très différents.

Les regroupements en vue de réaliser des achats ont surtout

œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire : Contrats, conc., consom. 2012, comm. n° 43, obs. M. Malaurie-Vignal; D. 2012, p. 577, chron. D. Ferrier – V. également : ADLC, déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2011, comm. n° 114, obs. M. Malaurie-Vignal; RTD com. 2011, p. 528, note E. Claudel; Concurrences 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann ; RLC 2011, n° 27, p. 37, obs. V. Sélinky.

3 Arr. 5 nov. 1946, JCP 1946, III, 11571 : « *la centrale d'achats est un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus, sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée* ».

4 CEn 30 avr. 1948, D. 1948, p. 410, note Cl. Lefas, JCP 1948, II, 4401, note J. Hémar.

pour objectifs de permettre à des entreprises, des distributeurs par exemple, c'est-à-dire des revendeurs, d'obtenir des conditions d'achat les plus favorables possibles, plus avantageuses que celles qu'ils auraient pu obtenir s'ils s'étaient présentés isolément dans la relation d'achat avec le ou les fournisseurs. Ce faisant, le regroupement à l'achat, quelle que soit la technique utilisée, entre en négociation avec le fournisseur pour obtenir ces conditions avantageuses, en termes de prix notamment, ou de services rendus, que ce soit de manière directe, par des techniques de remises ou de ristournes, obligatoires en droit français, mais également de réaliser des économies, s'agissant de la centralisation de la facturation, ou du paiement, des livraisons, du stockage, etc.

L'objectif peut être tout simplement d'acheter *moins cher*, et réaliser des économies, mais aussi et peut-être surtout d'acheter *moins cher que les autres* et s'en vanter dans un logique marketing et de concurrence entre les ces groupements.

L'attention peut être portée plus spécifiquement sur les structures des regroupements à l'achat (Chapitre 1) et sur les contrats des regroupements à l'achat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. – LES STRUCTURES DES REGROUPEMENTS A L'ACHAT

4 Toutes structures sont techniquement possibles, que ce soit en premier l'achat indivis, les sociétés en participation, les techniques d'achat en gros en commun, l'achat en commun d'une chose, avion, bateau, immeuble, et exploité ensemble, mais quelques formules de regroupements sont plus spécifiquement utilisées.

5 **Groupement d'achat.** Le plus ancien, ou le plus rustique, des modes de regroupements repose sur la structure dite du

groupement d'achat (5), qui est aussi sans doute la forme la plus ordinaire. Dans ce type de structure, les fondateurs, les associés s'organisent sous la forme de la constitution d'une société commerciale pour acheter en nombre *à leur profit*, de sorte que les tiers, non associés, n'ont pas accès aux services du groupement. Très souvent également, la société ainsi constituée dispose d'une enseigne commune pour revendre et promouvoir les produits. Cela suppose alors que la structure dispose des moyens de les réserver aux seuls associés. Le contraire serait l'organisation, distincte, de la centrale d'achats qui réalise ses activités à des contractants.

Le groupement d'achat réserve ainsi ses activités aux seuls associés de la structure et s'organise par une structure particulière organisées, en général autour de statuts et d'un Règlement intérieur. Chaque associé est alors tout à la fois associé d'une société, selon la conception classique du droit des sociétés, et « adhérent » ou « affilié » d'une structure, qui peut être, ou non, une société coopérative.

6 Coopératives de distribution. L'une des structures adaptées à cette technique est, sans doute, la société coopérative, aussi surprenant que cela puisse paraître eu égard à l'image que peut véhiculer ce type de société. Renouvelée en 1947 avec le statut de la coopération (cf. C. com., art. L. 231-1 s., C. com. art. L. 124-1 s.). Ainsi, les articles L. 124-1 et suivants du Code de commerce permettaient, avant la loi du 11 juillet 1972, aux sociétés coopératives d'effectuer simplement des activités d'achat en commun et, depuis 1972 (loi encore modifiée par la loi Doubin du 31 décembre 1989 et par la loi « NRE » du 15 mai 2001) leur permet de se constituer sous toutes les formes de sociétés commerciales et d'effectuer d'autres activités comme celle d'assistance commerciale ou de promotion.

L'intérêt de la formule tient à la nature du capital, qui est d'être variable, en ce sens que le capital dépend de l'entrée ou de la sortie des associés coopérateurs, et non d'une décision collective

5 Cf. R. Fabre, E. Massin, et L. Sermon, Regroupements à l'achat, Structures juridiques, J.Class. Contrats-distribution, Fasc. 1120.

des associés par voie d'augmentation ou de réduction de capital.

En outre, l'esprit de la coopération se signale par certains traits particuliers qui reposent sur le statut de la coopération tel qu'il a été posé en 1947 (6).

Ainsi la coopérative est fondée sur le principe de l'égalité des coopérateurs : « un homme une voix » (L. 10 sept. 1947, art. 4 et 9). Peu importe alors la part prise dans le capital, ou la date d'entrée dans le capital, chaque coopérateur compte de la même manière dans les décisions.

La coopérative est également fondée sur un principe d'exclusivité (L. 10 sept. 1947, art. 3), en sorte que la coopérative doit réserver son activité aux coopérateurs et ne peut engager de relation avec des tiers. Seules sont exceptées les sociétés coopératives de consommation qui peuvent vendre à des tiers (L. 7 mai 1917, art. 2, C. rur. Art. 522-5).

La coopérative est également régie par un principe dit de « libre accès » ou de la « porte ouverte » qui signifie que tout coopérateur peut entrer et au contraire sortir de la coopérative. Toute personne peut devenir coopérateur, pour autant qu'elle satisfasse, bien entendu aux conditions nécessaires, lesquelles sont en général définies par les statuts et le Règlement intérieur, non sans quelques difficultés lorsque les conditions sont trop strictes ou trop subjectives, par exemple par des clauses d'« *intuitus personae* » trop ardues. Ainsi on admet que la coopérative soit gouvernée par un *intuitu personae* voulant que ne peuvent entrer que des personnes qui partagent l'esprit de la coopération et d'exclure les autres, sous la réserve, cependant de l'abus dans le rejet d'un candidat ou du caractère anticoncurrentiel de la clause (7). De même tout coopérateur peut sortir de la coopérative à condition bien entendu de respecter les

6 R. Saint-Alary, *Eléments distinctifs de la société coopérative*, RTD com. 1952, p. 486.

7 A. Larue, *La confrontation entre les règles du droit sur les sociétés et du droit de la concurrence*, JCP, éd. E., Cah. Dr. entr. 2000, n°5, p. 7; C. Masquefa, *Fidélité et groupements de la grande distribution*. Bref éclairage : Cah. dr. entr. 2000, n° 5, p. 11 ; M. Cammas, *Les supports juridiques des relations entre les coopératives de commerçants détaillants et leurs adhérents*, JCP, éd. E., Cah.dr. entr. 1980, n°3, p. 4.

conditions posées par les statuts, lesquels posent d'ailleurs de grandes difficultés en droit de la concurrence (cf. infra). Ainsi, il ne faudrait pas que le retrait d'un coopérateur mette en péril le groupement et des préavis sont souvent prévus, de l'ordre d'une année. D'ailleurs le retrait brutal pourrait aboutir à justifier le paiement de pénalités, souvent prévue dans les statuts, qui ont, au moins, valeur contractuelle (8). L'intérêt de ces formules est, outre le fait de faciliter l'entrée ou la sortie d'un membre, de permettre l'exclusion d'un adhérent qui ne respecterait pas les statuts ou le Règlement intérieur, ce qui était le problème cardinal du droit des sociétés, avant l'arrivée en droit français des SAS, et même depuis. Il suffit en effet qu'un adhérent ne respecte pas la convention par laquelle il exploite l'enseigne ou doit revendre les produits, et donc subisse la résiliation anticipée de ce contrat, et que les statuts ou le Règlement intérieur prévoit que, pour être adhérent, il faut être dans ces liens contractuels, pour qu'il puisse être automatiquement exclu de la société coopérative.

Dans tous les cas, l'entrée ou la sortie vérifie le principe de variabilité du capital, en ce sens qu'ils s'opèrent sans que les procédures relatives aux augmentations ou de réduction de capital doivent être respectées. Comme contrepartie, les titres ne sont pas librement cessible mais soumis à agrément.

De manière corollaire au principe d'égalité, les « bénéfiques » de la coopérative sont traités comme des « excédents de gestion » répartis au prorata de leur activité, et non de leur part, et sous la forme d'une « ristourne ».

Enfin, les coopérateurs ne sont pas tout à fait des associés, en sorte que la dissolution volontaire d'une coopérative n'aboutit pas à la répartition d'un boni de liquidation mais est affecté à d'autres coopératives ou à des œuvres sociales ou solidaires (C. com., art. L. 124-14).

8 Cass. civ. 1ère., 15 juill. 1999, n° 97-13303, Cass. civ. 1ère, 22 oct. 1996, n° 94-12910 : Bull. civ. 1996, I, n° 366. V. cependant pour une modification postérieure à l'entrée de l'adhérent : Cass. 1re civ., 4 avr. 1995, n° 93-13772, Bull. civ. 1995, I, n° 162 ; Bull. Joly Sociétés 1995, § 264, p. 768, note G. Gourlay, Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-17.020 : Bull. civ. 2000, IV, n° 35. Adde : C. Masquefa, Fidélité et groupements de la grande distribution. Bref éclairage : Cah. dr. entr. 2000, n° 5, p. 11.

La forme sociale choisie pour la coopérative importe peu, sauf pour quelques types de sociétés. Ainsi les sociétés coopératives de commerçants détaillants doivent retenir la forme d'une société anonyme à capital variable (C. com., art. L. 124-3), ce qui est, du point de vue du droit des sociétés, une forme extrêmement originale pour une SA puisque le capital variable est en général interdit à ce type de société. La technique de la variabilité du capital permet ainsi au contraire de déroger à cette règle, pour autant que la variabilité soit associée au choix d'une société coopérative.

Pour le reste, peu importe la forme retenue par l'introduction d'une clause de variabilité du capital, y compris dans une société civile, dans la mesure où la coopérative n'a pas pour objet de réaliser une spéculation et des bénéfices et qu'elle travaille exclusivement pour ses membres.

Dans une telle société coopérative, les relations entre la société et ses adhérents, entre les adhérents entre eux sont généralement établies dans un règlement intérieur, de manière à séparer, formellement, les relations relevant du statut d'associé, dans les statuts, de celles d'adhérents de la coopérative, du groupement d'achats.

Les relations sont en toute hypothèse fondées sur l'*affectio societatis* qui anime les membres-adhérents, dans la mesure où le groupement d'achat est celui par lequel les relations entre le groupement et les adhérents est purement sociétaire. Bien entendu, rien dans l'appellation «groupement d'achat» ne prédispose à ce constat, sinon par convention et pour envisager des relations autres que sociétaires entre les adhérents et les membres.

En général, cet *affectio societatis* partagé est défini par le règlement intérieur sur la base de quelques critères comme la spécialité professionnelle de l'activité du candidat, sa solvabilité, son volume d'affaires éventuellement, voire le territoire d'exercice. De même, les procédures d'adhésion sont définies sous le contrôle des règles du droit de la concurrence (cf. infra). Inversement, les techniques de sortie d'un membre, démission, suspension ou exclusion sont souvent prévues, sous certaines réserves d'ailleurs, notamment lorsqu'il s'agit de limiter la sortie

des adhérents (9).

Ce fonctionnement ne rebute pas les entreprises de la grande distribution, bien au contraire : c'est le cas, par exemple de l'enseigne Leclerc, intégralement organisée selon cette formule, que ce soit sous la forme d'une société anonyme ou d'une autre forme sociale.

7 Centrales d'achats et de référencement. Les centrales d'achats, puis les centrales de référencement, sont des entreprises dont l'objet est de négocier, au profit de distributeurs, détaillants ou grossistes, des conditions d'achat plus avantageuse que celles qu'ils auraient obtenues sans le recours à cette centrale. De ce seul point de vue, il n'y a guère de différence avec les groupements d'achats, à ceci près que les relations entre les centrales d'achats et les distributeurs ne sont pas organisées par une relations d'adhérent-associé, mais par une relation de nature contractuelle, sur la base d'un *contrat d'affiliation*.

Les centrales d'achats sont souvent des déclinaisons de groupements d'achat qui auraient grossis, ou le développement de structures d'achats de distributeurs ou de groupes de distribution, qui ont pris une importance telle qu'elles ont pu devenir indépendantes de ces groupes qui en sont à l'origine, proposant leurs services à des distributeurs totalement étrangers, éventuellement à des concurrents, en plus que du groupe originel, certaines d'entre eux s'étant d'ailleurs organisés de manière intégrée.

C'est en ce sens que les centrales d'achat sont devenues les synonymes de l'idée de puissance d'achat, permettant ainsi d'obtenir des conditions encore plus avantageuses des fournisseurs.

C'est cette puissance d'achat qui permet à la centrale d'achats de se situer au centre d'un nœud de relations entre, d'une part, les points de vente (intégrés ou indépendants) à l'enseigne de la centrale ou sous une enseigne concurrente, et d'autre part les fournisseurs, impliqués dans une relation négociée, contraignante, sous la forme d'un *contrat de référencement*.

9 Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n°97-10944 (clause d'agrément de 50 ans).

En pratique, la distinction entre centrale d'achats et centrale de référencement est assez difficile à cerner (10) : on considère en général que la centrale d'achats joue un rôle dans l'opération d'achat-vente ; elle centralise les achats via un contrat de mandat ou de commission à l'achat en étant, ou non, garant des paiements tandis que la centrale de référencement ne joue aucun rôle dans cette opération. Elle se contente de référencer les fournisseurs et négocier les prix et de mettre en relation les fournisseurs et acheteurs, jouant le rôle d'un courtier (11).

8 Centrales d'achats et « supercentrales ». Un arrêté du 5 novembre 1946 avait défini la centrale d'achat comme « *la centrale d'achats est un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus, sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée* ». Un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 30 janvier 1974 (12) avait ajouté qu'une centrale d'achats se borne à exécuter les commandes de ses adhérents pour les faire bénéficier de conditions plus avantageuses que celles consenties au commerce indépendant ; la centrale d'achats agit vis-à-vis des fournisseurs comme commissionnaire et ne devient à aucun moment propriétaire des marchandises, qu'elle n'achète pas en vue de les revendre avec bénéfices. L'intérêt de ces définitions était de différencier les « centrales d'achats » des entités, telles les groupements d'achats, qui achètent et revendent.

Peu importe l'élément de distinction, il est toujours actuel : il existe des centrales d'achat qui s'interposent entre le fournisseur et le l'acheteur, qu'elle qu'en soit la forme, des centrales de référencement et des groupements d'achats qui achètent pour revendre. Elles assument alors les risques de l'achat, à savoir la

10 Cass. com., 23 oct. 1990, n°88-13468, JCP, E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck.

11 Cf. Déc. Cons. Conc., n°03-D-39, 4 sept. 2003, Plus International. V. F. Delbarre et C. Lavabre, Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement, D. 1985, Chr. P. 165, Centrales et supercentrales, JCP, éd. E, Cah. Dr. Entr. 1985, n°4, p. 1.

12 T. corr. Paris, 30 janv. 1974, RTD com. 1975, p. 185, obs. P. Bouzat. Adde : M. Soria, Les centrales d'achats, Th. 1962, St. Retterer, Centrales et regroupement d'achat et de référencement, Rep. Com. Dalloz, 2008.

gestion des stocks, les paiements, et des ventes, les livraisons, la garantie, les encaissements, etc. En revanche, l'avantage est que la centrale fixe alors, librement, ses prix de vente aux distributeurs.

L'expérience récente à illustrer la constitution de « supercentrales » d'achats, structure se substituant à des centrales d'achat, regroupées pour accroître encore leur puissance d'achat. L'analyse faite en termes de droit de la concurrence, au milieu des années 1980 (13) considérait que les supercentrales ne sont pas en elles-mêmes illicites, mais qu'elles peuvent fausser la concurrence en usant de la seule menace du déréférencement pour obtenir des remises inconditionnelles ou imposer la globalisation artificielle des commandes de leurs membres.

CHAPITRE 2

LES CONTRATS DU REGROUPEMENT A L'ACHAT

Section 1. Les contrats de l'adhérent avec la centrale d'achats

9 **Achat et revente.** Il n'existe pas de modèle imposé en matière de relations de regroupement et de technique utilisée par les « centrales », quelle qu'elles soient, ni même de la technique choisie pour la structure, selon qu'il s'agit d'une logique contractuelle ou sociétaire, ou encore de la taille, mini centrale réalisée pour un petit réseau de franchise ou maxi centrale de référencement, éventuellement internationale.

La première pour la centrale de ces relations, entre la centrale et les adhérents, peut ainsi emprunter à la technique élémentaire de la succession de ventes : le groupement achète à des fournisseurs et revend aux adhérents.

L'inconvénient pour la centrale est alors d'assumer la charge des obligations d'un acheteur, paiement du prix, transfert de propriété et charge du risque . Le groupement doit donc assumer

13 Avis, Comm. Conc. 30 oct. 1986, Rec. Lamy, n°269, note V. Sélinsky.

toutes les fonctions d'un acheteur, la gestion de l'écoulement des marchandises, par une convention d'approvisionnement exclusif avec l'adhérent, en plus du contrat d'affiliation. En pratique, un contrat d'affiliation est ainsi conclu entre le groupement et l'adhérent, qui comprend toutes les exigences contractuelles d'un savoir-faire, les conditions de présentation du point de vente, etc. auquel est ajouté un contrat d'approvisionnement exclusif, ou d'approvisionnement prioritaire. Très souvent également, ces contrats sont de durée différente et considérés, par une clause de divisibilité, comme des contrats divisibles entre eux, ce que la jurisprudence tend, cependant, à contrarier (14).

L'avantage de pouvoir *revendre* et donc de ne pas supporter une exigence de transparence quant à ses prix d'achat. En ce cas, le groupement est, d'un point de vue tarifaire, un écran totalement opaque entre le prix des fournisseurs et le prix d'achat des adhérents ; c'est le groupement, par exemple, qui est créancier, pour leur intégralité, des diverses réductions de prix consenties par les fournisseurs. Le groupement se présente donc comme un commerçant ordinaire qui réalise une *marge bénéficiaire* qui se présente comme un acheteur unique et peut donc représenter un fort pouvoir d'achat. Il doit alors assumer, à l'égard de son propre acheteur, des obligations de vendeur professionnel, éditer et communiquer des conditions générales de vente et, de manière plus générale, respecter les obligations posées en termes de transparence tarifaire des articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce.

10 Contrat de commission. La relation entre la centrale et les distributeurs peut également être organisée sur le fondement d'un contrat de commission, afin d'assurer une certaine homogénéité des relations entre la centrale et les affiliés, respectant les règles ordinaires du contrat de commission (C. com., art. L. 132-1) (15). Le groupement se présente alors comme un commissionnaire à l'achat, le point de vente étant le commettant, à l'égard des tiers, identifiés comme les

14 Cass. com., 12 juill. 201, n°10-22930 > **document J20**.

15 Cf. M.-P. Dumont, L'opération de commission, Litec, 2000.

fournisseurs. Le groupement agit, en outre, en son nom et pour le compte des commettants distributeurs : c'est en cela que l'opération assure une forme de regroupement à l'achat, comme si la centrale achetait pour elle-même. En revanche, précisément, elle n'achète pas pour elle-même, mais pour le compte des commettants qui deviennent donc propriétaires des marchandises : la centrale n'assume ni les obligations d'un acheteur à l'endroit des fournisseurs, ni celles d'un vendeur à l'égard des adhérents.

Ces contrats de commission sont conclus en général pour de longues durées de manière à rationaliser les opérations de la centrale.

Les *obligations du commissionnaire* sont celles traditionnellement associées à ce contrat : obligation d'exécution de la mission, obligation de reddition des comptes, interdiction de se porter contrepartiste, obligation de du croire et obligation d'information.

L'obligation d'exécution semble supposer que le commettant est le « maître » de l'opération dont le commissionnaire serait l'exécutant. En pratique, il n'en est rien. Pour les commettants distributeurs en effet, l'intérêt du contrat et du passage par la centrale d'achats repose sur les capacités de sélection des produits qui seront acquis par les distributeurs, ses capacités de négociation, de gestion : c'est bien la centrale qui est le « maître » de l'opération. En outre la centrale peut se substituer un tiers, par exemple une « supercentrale ». Il résulte donc de cette construction que, jusqu'à une certaine mesure, les approvisionnements et assortiments du magasin des distributeurs sont réalisés par la centrale : c'est elle qui, comme commissionnaire, réalise le processus d'achat sur la base d'un « plan d'assortiment » qui détermine la liste des produits à acheter et d'un « plan d'achat » qui établit les quantités à acquérir. Sur cette base, des bons de commandes sont adressés aux distributeurs commettants, contenant toutes les informations récapitulant l'état de la négociation réalisée par la centrale. L'adresse des bons de commande par les distributeurs commettants constituent alors les ordres d'achat.

Cette obligation peut avoir pour corolaire une obligation de conservation, de réception et de livraison, notamment lorsque la

centrale ne prévoit pas que les marchandises doivent être livrées chez les distributeurs commettants. Dans ce cas, la proximité avec les fonctions d'un acheteur sont plus grandes : chargé de réceptionner des marchandises, il assume une obligation de vérification de la conformité de celles-ci (16). Il reste que le commissionnaire n'est pas le propriétaire, c'est le commettant, qui peut d'ailleurs, en cas de redressement judiciaire du groupement, tenter de revendiquer les marchandises (C. com., art. L. 624-16).

L'obligation de reddition des comptes entraîne pour conséquence que le commissionnaire doit rendre compte de la mission de commission et notamment restituer au commettant tout ce qu'il lui revient, à savoir les réductions de prix consenties par le fournisseur. L'enjeu est important, au regard des logiques des règles posées en matière de transparence tarifaire, mais surtout en termes d'abus de confiance.

L'interdiction de se porter contrepartiste repose sur la logique de l'opération de commission et ne pose pas de difficulté particulière. En pratique, les groupements disposent également de points de distribution et il résulte de cette interdiction qu'un tel groupement constitue une société filiale qui agit comme un commettant.

L'obligation de ducroire découle naturellement de l'opération, à l'inverse de l'hypothèse inverse, de commission à la vente où la clause de ducroire garantit le commettant vendeur du risque de non-paiement par le tiers. Dans l'opération de commission à l'achat, c'est le commissionnaire qui est chargé de payer le tiers fournisseur puisqu'il agit en son nom propre. Toutefois la difficulté se pose en termes de responsabilité financière au cas où le distributeur commettant, la centrale ou un fournisseur deviennent insolvable. Ainsi, le fait que la centrale commande en tant que commissionnaire et centralise les commandes conduit s'interroger sur l'obligation de payer reposant sur les commettants en cas de faillite de plusieurs centrales dans les années 1980-1990 (17). Si en revanche c'est le distributeur qui est

16 Dans le cas contraire, Cf. Paris, 30 janv. 1974, LPA 1974, n°39, p. 14.

17 T. com. Paris, 25 sept. 1985, LD 1986/2.

insolvable, le commissionnaire est tenu du paiement au fournisseur (18), quand bien même les livraisons étaient réalisées directement chez le distributeur commettant, « révélant » ainsi au tiers la réalité du commettant.

Les *obligations du commettant* ne posent pas de difficulté : obligation de paiement du prix de la chose que le commissionnaire a avancé, remboursement des frais et avances (C. civ., art. 1999 et 2000) étant entendu que le commissionnaire est garanti contre le risque d'insolvabilité du commettant, par un privilège sur la valeur des marchandises (C. com., art. L. 132-2) et par la reconnaissance d'un droit de rétention sur les marchandises (19). En outre, les fournisseurs assurent le paiement d'un certain nombre de réductions de prix et avantages pécuniaires accordés par les fournisseurs, sous la forme de remises, ristournes et rémunération de prestations de services, la garantie de paiement, de solvabilité, la centralisation des commandes, des livraisons, etc. C'est d'ailleurs le principal objectif de la centralisation des commandes. Simple commissionnaire, la centrale n'est alors, en principe, pas créancière de ces sommes, qui sont dues aux commettants, sauf précisions particulières.

11 Contrat de mandat et mandat de référencer. Dans d'autres circonstances, et notamment lorsque la centrale agit comme un référenceur, le groupement peut agir comme un mandataire, c'est-à-dire de manière transparente, au nom et pour le compte des distributeurs mandants.

On pourrait même considérer que cette technique est la technique de « droit commun » des relations entre groupement et adhérents, dans la mesure où on peut considérer que, en l'absence de précision particulière, c'est celle qui doit être retenue, sur le fondement de l'article 1984 du Code civil.

On retrouve alors les obligations du mandat, sans aucune

18 Lyon, 6 déc. 1985, LD 1986/2.

19 Cass. com., 20 mai 1997, JCP, éd. G, 1997, I, 4054, n°10, obs. M. Cabrillac, JCP, éd. E. 1998, p. 221, n°6, obs. Ph. Delebecque, D. 1998, p. 479, note F. Kenderian.

originalité, obligation d'exécution, de reddition des comptes, pour le mandataire, obligation de paiement et de remboursement des frais et avances pour le mandant avec, cependant, la question de la rupture du contrat par le mandant, alors que le contrat pourrait être considéré comme un mandat d'intérêt commun.

La technique ne devient originale qu'en tant qu'elle impose, comme mission principale à la charge du mandataire, celle de sélectionner les fournisseurs, et de négocier les prix des ventes qui seront conclues, ce qui a été considéré comme déterminant d'activité de *référéncieur*. C'est la technique la plus souple, pas nécessairement la plus rentable pour un regroupement, au regard de l'hypothèse de l'activité d'achat-vente, mais permet une gestion souple d'un nombre considérable de fournisseurs référencés et d'opérations commerciales.

Le référencieur réalise alors plusieurs opérations. Il est d'abord chargé de sélectionner les fournisseurs référencer, ou à référencer, et d'en dresser une liste. Cette liste est fournie aux distributeurs et c'est sur cette liste que ces derniers choisiront les vendeurs. Il est ensuite chargé de négocier les offres proposées par les fournisseurs référencés, étant entendu que ces offres de vente sont adressées aux distributeurs, puisque ce sont ces derniers qui seront les acheteurs (avec ou sans mandat d'acheter à la centrale) et que la centrale regroupe alors l'ensemble de ses offres pour assurer cette négociation (20).

La convention permet alors de prévoir l'ensemble des relations établies entre les parties les flux financiers, voire des prestations. Ainsi les flux financiers sont, en principe, transparents : la centrale assure ainsi le rôle de centralisation des paiements, parfois avance le paiement aux fournisseurs. Inversement, toutes les réductions de prix sont dues aux adhérents. Toutefois la rémunération de la centrale s'effectue soit par le paiement de « cotisations », soit par la rémunération de prestations de services centralisées, la facturation, la centralisation des paiements, celle des réductions de prix, la

20 Cf. Versailles, 16 déc. 1987 in M.-E. André, *Où le contrat de référencement existe*, JCP, E, 1988, cah. Dr. entr. 1988, n°2, p. 27 ; Cass. com. 20 mai 2003, n°00-14239 >document J21.

publicité, l'organisation de promotions, etc. En pratique, la centrale établit un compte avec ses adhérents dans lesquels se compensent ainsi les sommes qui sont dues entre les parties (21). En outre, la centralisation des paiements, associée aux délais de paiement accordés par les fournisseurs génère des flux de trésorerie considérables pour la centrale qui réalise, ce faisant, souvent d'importants produits financiers dont elle profite, seule.

12 Contrat d'affiliation. La notion d'« affiliation » est une appellation de circonstances, qui n'est d'ailleurs pas propre au secteur du droit de la distribution et qui est étrangère à la logique de « filiation » du droit des sociétés. La convention d'affiliation (22) est ainsi une convention au contenu variable, qui permet simplement de profiter de la puissance d'achat de la centrale et d'ajouter d'ailleurs à celle-ci. L'affilié de ce groupement peut, en effet, être un affilié simple, qui profite de l'exécution de la relation entretenue avec le groupement ou, et *a priori* aucune logique juridique n'impose un lien plus intense, ou bien entretenir une relation plus profonde en ce sens qu'il entend également profiter d'autres éléments, plus structurants avec le groupement, et notamment la mise à disposition de signes distinctifs, voire une licence de marque, un transfert de savoir-faire, etc. Bien souvent d'ailleurs, le modèle d'adhésion à un groupement implique la conclusion d'un contrat d'affiliation, dans le développement d'une logique de réseau de distribution sous sa marque par la centrale. Ainsi on trouve des réseaux de distribution qui entretiennent des relations d'affiliation simple avec une centrale mais en développant leur propre réseau, au côté du réseau intégré de cette centrale qui entretient alors des relations plus intense avec ces distributeurs.

Ce contrat, longtemps confidentiel, a été placé sous les feux de l'actualité juridique à travers un avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 (23) puis par un projet de loi qui prévoyait, sur la base des

21 Comp. Cass. com. 18 févr. 2003, n°00-13369.

22 M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Litec, 1991, sp. n°120 s.

23 ADLC, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le*

conclusions proposées par l'avis de 2010, de réglementer les contrats d'affiliations. Ainsi le projet d'article L. 340-1, I, du Code de commerce envisageait de définir le contrat d'affiliation, dans le domaine de la distribution alimentaire, comme « *un contrat, conclu entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du Livre er, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et d'autre part, toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce alimentaire de détail au sens de l'article L. 340-2. Conclue en sus de tout autre contrat pouvant exister par ailleurs entre les parties, elle comprend des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant* ». Elle aurait en outre été conçue comme une convention cadre.

On isole, en effet, dans les conventions d'affiliation, plusieurs logiques selon que l'affilié est un contractant ordinaire, un tiers, indépendant, possédant un point de vente qui conclut un contrat d'affiliation comme il aurait pu conclure un contrat de franchise par ailleurs, ou un contractant particulier, dans le cadre notamment d'une relation plus structurelle avec la centrale. En pratique, cela regroupe les hypothèses dites du « commerce intégré » et du « commerce associé » ou « coopératif ».

Ainsi trouve-t-on des obligations d'achat exclusif, ou quasi-exclusif, laissant au distributeur une marge de liberté pour l'acquisition de produits locaux par exemple, des transferts de savoir-faire, la mise à disposition d'une marque, de signes

secteur de la distribution alimentaire : JCP E, 16 décembre 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté; JCP G, 14 février 2011, 177, note N. Dissaux; JCP E, 17 mars 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal; V. également A. Lecourt : RLDA, 2012, n° 67Comp. ADLC, déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2012, comm. n° 43, obs. M. Malaurie-Vignal; D. 2012, p. 577, chron. D. Ferrier – V. également : ADLC, déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2011, comm. n° 114, obs. M. Malaurie-Vignal; RTD com. 2011, p. 528, note E. Claudel; Concurrences 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann ; RLC 2011, n° 27, p. 37, obs. V. Sélinky.

distinctifs, etc. : le contrat d'affiliation notamment dans le cadre de la distribution alimentaire est parfaitement assimilable à un contrat de franchise. Certaines enseignes de la grande distribution concluent d'ailleurs des contrats de franchise expressément désignés comme tels.

En contrepoint, d'ailleurs, de l'avis du 7 décembre 2010 et du projet de loi Lefebvre, on peut discerner un certain nombre de difficultés particulières. L'avis de 2010 avait plus spécifiquement stigmatisé plusieurs clauses, pratiques ou mécanismes comme susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels que le projet de loi de 2011 avait relayés.

Par exemple, le projet de loi prévoyait que « *toute stipulation comprise dans un contrat conclu entre les deux parties faisant obstacle à la mise en jeu des stipulations énoncées par ladite convention est réputée non écrite* » mais en outre qu' « *il ne peut être dérogé par voie contractuelle à ses stipulations que par modification de cette même convention* » (24) : la convention d'affiliation primerait donc les stipulations des contrats déjà conclus par les parties, ainsi que le contenu des contrats qu'elles seraient amenées à conclure dans le cadre de la relation dont elle se trouve à l'origine et par exemple de dispositions statutaires ou de conventions annexes. De même le projet d'article L. 340-1, II du Code de commerce envisageait que « *les stipulations applicables du fait de l'affiliation y sont regroupées selon les rubriques définies par un décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence* ».

Il en résultait un projet imposant un contrat écrit et obligatoire pour le commerce alimentaire (Proj. Art. L. 340-2) sous la forme d'un « document unique » avec une remise du projet deux mois avant sa signature « *à peine de nullité* » ce qui, si on fait le parallèle avec les dispositions de la loi Doubin, laisse penser que ces contrats sont à l'origine de certains déséquilibres contractuels.

De même la durée de ces contrats peut poser difficulté, ce qu'avait noté l'avis du 7 décembre 2010 : « *la durée longue des contrats et leur reconduction constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution* » (25) : le projet

24 C. com. Proj. Art. L. 340-1, I, art. L. 340-6.

25 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc.

prévoyait d'ailleurs une limitation de cette durée, à six ans et l'aménagement du préavis en cas de non renouvellement.

Enfin, le projet projetait de limiter les clauses compromissaires et l'organisation d'un droit d'entrée. En pratique en effet, des clauses compromissaires sont souvent prévues pour régler les litiges nés de ces contrats ; la multiplication des conventions, au lieu d'une convention unique aboutit alors à multiplier les litiges et les enchérir. La question pourrait donc se poser de savoir si c'est le jeu des clauses compromissaires qui pose difficulté ou la multiplication des contrats. En outre, le droit d'entrée versé par l'affilié est en pratique souvent reporté à la sortie du contrat et parfois prévu de manière proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé pendant le contrat : l'exigence, en fin de contrat, du droit d'entrée peut alors constituer un frein particulier à la circulation du contrat (26).

Dans le même esprit, le projet envisageait d'interdire ou de limiter les clauses de non concurrence mais encore les clauses organisant un droit de préférence ou de préemption portant sur les immeubles, les titres sociaux ou sur le fonds de commerce au bénéfice de la société en relation avec l'affilié ou bien au profit d'un tiers en relation contractuelle avec ce dernier. Cette dernière question est en effet, dans l'avis du 7 décembre 2010, comme dans la jurisprudence, une difficulté cardinale de ces relations (27). Des clauses de préemptions, de préférence ou de promesse de vente, parfois combinées, sont très souvent stipulées au profit des autres associés de celle-ci, qui peuvent être la centrale elle-même ou des personnes physiques ou morales exploitants d'autres sociétés adhérentes de la centrale. L'objectif est alors évident, il s'agit pour les bénéficiaires de ces droits de tenter de préserver le point de vente à céder dans le giron de la centrale. Certains auteurs évoquent à ce propos la notion de « franchise participative », qui est voisine de celle de « commerce associé » selon la formule propre au droit de la grande distribution pour

26 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc, n°139-141.

27 Cf. D. Mainguy, Autopsis 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.

évoquer la situation d'un réseau de franchise dans lequel le franchiseur participe, de manière forte ou faible, au capital des sociétés franchisées (28).

Or ces clauses, contractuelles ou statutaires, ne sauraient faire obstacle au principe de libre négociation des titres sociaux : ils ne sauraient empêcher le propriétaire des titres de la société exploitant le point de vente de les céder, quand bien même les parties se seraient pas d'accord sur le prix. En ce cas, le recours à un tiers expert, sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil s'impose, à condition cependant que l'expert désigné soit parfaitement libre de déterminer le prix (29) et non contraint par des techniques d'évaluation fixée dans la clause le désignant (30).

De manière plus générale d'ailleurs, les points de vente des distributeurs sont l'enjeu d'une concurrence particulière entre les enseignes de la grande distribution, incitant ce faisant ces dernières à muscler parfois de manière forte les conditions de sortie, soit par voie de résiliation, de non renouvellement ou de cession du point de vente par des pénalités ou la perte du droit à percevoir des ristournes (31) ou de paiement du droit d'entrée reporté à la fin du contrat. L'ensemble pourrait alors conditionner l'appréciation de la validité du montage contractuel et sociétaire, par exemple au regard des règles du droit de la

28 B. Dondero, L'instrumentalisation du droit des sociétés, la franchise participative, JCP, éd. E, 2012, 1671.

29 Cf. Cass. civ. 1ère, 2 déc. 1997, Bull. civ. I, n°334.

30 Cf. Cass. Com. 19 déc. 2006, n°05-10198, 05-10199, 03-21042 > **document n°J23**. V. aussi Cass. com. 7 janv. 2004, n°00-11692 : « *mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient que les conventions entre actionnaires sont valables lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulations impératives des statuts ou à l'intérêt social ; que l'objet du pacte du octobre 1993 en cas de projet de cession à des tiers de l'un des actionnaires est d'instituer une procédure permettant d'accorder la préférence aux autres actionnaires sans porter préjudice à la libre négociabilité des actions à un prix, soit convenu conventionnellement entre les parties, soit, à défaut, déterminé à dire d'expert choisi sur une liste agréée par elles, et n'est pas contraire à l'ordre public, ni aux dispositions statutaires auxquelles le pacte fait expressément référence, en particulier à la clause d'agrément et de préemption régie par l'article 12 des statuts,, ni à l'intérêt social, qu'en l'état de ces annonces, la cour d'appel qui n'avait pas d'autres recherches à faire, a pu statuer comme elle a fait* ».

31 Cass. com. 22 févr. 2000, *Abissirah*, Bull. Civ. IV, n°35.

concurrence (32).

Ainsi les conclusions de l'avis du 7 décembre 2010 (33) permettaient de tenir de ses recommandations, à savoir, la conclusion d'une convention unique, éventuellement assortie de contrats d'application, la communication préalable du projet de contrat, avant sa conclusion et le renforcement de l'obligation d'information précontractuelle au candidat affilié, la limitation de la durée du contrat à cinq ans et l'harmonisation des durées et effets du contrat, l'élimination des droits de priorité au profit d'un groupe de distribution, la limitation des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat ou dans les statuts des sociétés communes à une durée de une année, l'étalement du paiement des droits d'entrée à la place des clauses de paiement différé, l'encadrement des prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés exploitants un point de vente affilié. Dans tous ces points, certains imposent très certainement une intervention législative, tandis que d'autres pourraient être simplement mis en œuvre par le juge, sans trop de difficulté, à la condition cependant d'observer, au cas par cas,

32 Cass. com. 30 mai 2012, n°11-18024, JCP, éd. E, 2012, 1641, note B. Dondero, JCP, éd. E, 2013, obs. D. Mainguy >document J24 « *Attendu que pour dire n'y avoir lieu à prononcer la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser [lequel imposait que la décision de résiliation du contrat d'affiliation fût prise avec l'accord de la centrale], l'arrêt retient que cette disposition statutaire, qui est conforme à l'article L 225-96 du Code de commerce, ne contrevient, en elle-même, ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il retient encore qu'en réalité, la société Lioser et M. C. contestent la convention d'usufruit sans en tirer une quelconque conséquence, et surtout l'usage abusif ou illicite que la société ITM Entreprises, sous le couvert de la société ITM Région Parisienne qu'elle contrôle, peut faire de la minorité de blocage qu'elle détient pour imposer la poursuite sans fin du contrat de franchise ; qu'il retient enfin qu'alors même que ces contestations seraient fondées, elles ne sauraient, en toute hypothèse, entraîner la nullité de la disposition statutaire incriminée ; attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait la société ITM Région Parisienne et compte tenu de la dépendance de cette dernière envers la société ITM Entreprises dont elle était la filiale à 99%, n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale (...)* ».

33 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc, n°162 s.

la réunion des éléments de nature à vérifier l'existence d'un effet anticoncurrentiel. Or, par hypothèse, les litiges individuels rendent très difficile une telle appréciation, générale, ramenée à un cas isolé (34).

Section 2. – Les contrats du fournisseur avec la centrale d'achat : le contrat de référencement

13 Contrat de référencement. Le référencement est l'opération par laquelle la centrale de référencement sélectionne et négocie les offres d'un fournisseur. Ce qui peut paraître comme relativement unilatéral, le fournisseur apparaissant neutre dans l'opération, est souvent synallagmatique : le fournisseur trouve là l'opportunité d'avoir accès à tous les points de vente affiliés de la centrale.

Parce qu'originale, l'opération a été analysée de plusieurs manières pour expliquer le fait que le référencement allie le fournisseur à la centrale tandis que les ventes s'effectuent directement entre le fournisseur et les adhérents. Ainsi, au départ, certains y ont décelé une application du mécanisme de la stipulation pour autrui (35) où le groupement interviendrait comme stipulant, les fournisseurs comme promettant et les adhérents en qualité de tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui. Le stipulant pourrait alors exiger du promettant l'exécution des obligations contractées au profit des adhérents. D'autres y ont vu une promesse unilatérale de vente consentie par les fournisseurs (36), mais la plupart considèrent que le contrat de référencement est une application de l'opération de courtage. La centrale est le courtier qui s'entretient dans la relation entre le fournisseur et l'adhérent-affilié. Cette analyse est

34 Cf. Paris, 13 juin 2012, RGN°1010056397, qui rappelle que l'avis de 2010 « est un avis de portée particulièrement générale, qu'il n'a aucune force obligatoire et ne peut être émis que pour l'avenir, dès lors que la loi et la jurisprudence continuent de réaffirmer la parfaite validité de tels droits de préférence ».

35 D.-R. Martin, La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994, Chr. P. 145, M. Béhar-Touchais, obs. in RLC 2005/2, n°137.

36 L. Bernard, Les sociétés de coopératives de commerçants détaillants, Th. Paris II, 1975.

celle qui est aujourd'hui retenue par la jurisprudence (37). En effet, dans une opération de référencement, en tant que celle-ci se distingue des autres opérations, la centrale n'intervient pas comme acheteur, ni pour elle-même ni pour le compte des affiliés : elle se contente de mettre en relation les fournisseurs qu'elle a par ailleurs référencés et les adhérents, négocie les conditions des ventes à intervenir au mieux des intérêts des adhérents, mais son intervention ne dépasse pas cette mission. Elle ne garantit pas le paiement, elle ne commande pas, n'exécute pas les ventes. Les ventes de marchandises sont directement conclues et exécutées entre les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés. La centrale n'intervient dans ces ventes ni au nom, ni pour le compte d'autrui, ni en son nom personnel, comme mandataire ou comme commissionnaire (38).

14 **Obligations du référenceur.** En tant que référenceur, le groupement n'assume que des obligations ténues. Pourtant, la question se pose fréquemment de l'alourdissement de ces obligations, notamment en cas d'impayés par les adhérents de la centrale des marchandises vendues. C'est dans ce cadre que la nature du contrat de référencement s'est posée pour retenir celle de courtier et, ce faisant, l'absence de garantie de paiement au profit du fournisseur (39), sauf si une clause particulière l'organisait. Par conséquent, le fournisseur ne peut compenser les sommes dues par les adhérents avec les ristournes ou sommes dues à la centrale (40). De même, la centrale ne commet pas de faute en ne renseignant pas le fournisseur sur la solvabilité des affiliés, là encore sauf clause contraire (41).

37 Cass. com. 6 déc. 1988, n°86-17310, Cass. Com. 17 mars 2004, n°01-10103 >document J22, CCC 2004, n°91, obs. L. Leveneur, JCP éd. E, 2004, n°752, obs. D. Mainguy.

38 Comp. Cass. com. 22 mars 1994, n°92-11087.

39 Cass. com. 23 oct. 1990, n°88-13468, JCP, éd. E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck, Cass. com. 16 janv. 1990, n°88-11541, Cass. com. 28 mai 1991, n°88-19359, RTD civ. 1992, p. 86, obs. J. Mestre.

40 Cass. com. 28 mai 1991, préc.

41 Cass. com. 6 déc. 1988, préc., Cass. com. 16 janv. 1990, préc.

En revanche le référencier s'oblige, du fait du référencement, à transmettre les offres aux distributeurs. Le rôle de la centrale de référencement est précisément de communiquer aux adhérents la liste des fournisseurs référencés, des produits objets du référencement, leurs conditions de vente, les prix et les avantages tarifaires. Cette obligation, à l'égard du fournisseur, est même la contrepartie, pour ce dernier, du référencement, en ce que le référencement, et le prix payé pour ce dernier, assure au fournisseur l'accès aux affiliés et, ce faisant à leur capacité d'achat.

C'est là poser l'avantage important que le contrat de référencement créé pour le fournisseur et ce faisant la rémunération due au référencier, souvent posée en un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec les distributeurs (42). On peut alors se demander si le montant de cette rémunération doit ou non être communiquée et remis aux distributeurs, si elle est due sur le chiffre d'affaires réalisé, même non payé par le distributeur (43) ou bien sur le seul chiffre d'affaires réalisé et payé (44). Toutefois l'article L. 442-6, II, b) du Code de commerce limite ce type de possibilité en interdisant les clauses qui assureraient le paiement d'un « droit d'accès » au référencement préalablement à la passation d'une commande.

15 Obligations du fournisseur. Le résultat de la négociation entre le référencier et le fournisseur se traduit par l'établissement de la relation, voire du contrat, de référencement, le plus souvent sur une durée d'une année. Il en résulte que le fournisseur s'oblige à maintenir son offre auprès des distributeurs, dans les conditions posées par la négociation pendant cette année.

En outre le fournisseur doit rendre des comptes sur les opérations réalisées avec le référencier.

42 Versailles, 16 déc. 1987, préc., Cass. com. 23 oct. 1990, préc.

43 Cass. com. 6 déc. 1988, préc., Cass. com. 16 janv. 1990, préc.

44 Cass. com. 23 oct. 1990, préc.

TITRE 2 LES TECHNIQUES DE REGROUPEMENT A LA VENTE