



VOGEL ACADEMY

Atelier Réseaux de distribution **18 et 19 janvier 2024**

Joseph Vogel et Cécile Assémat
VOGEL & VOGEL



30, Avenue d'Iéna
75116 Paris, France
01.53.67.76.20
www.vogelacademy.fr

Introduction : le panel des systèmes de distribution possibles

I. L'entrée dans le réseau de distribution

- A. L'information précontractuelle
- B. L'impératif absolu de bonne foi lors de la formation du contrat
- C. Le contrôle de l'accès au réseau
- D. Le droit applicable et la juridiction compétente
- E. La durée des contrats

II. La vie du réseau de distribution

- A. Le prix de vente du fournisseur à son réseau
- B. Le prix de revente du réseau à ses clients
- C. La convention unique
- D. Les clauses déséquilibrées et l'avantage sans contrepartie proportionnée
- E. La bonne foi dans l'exécution du contrat
- F. Les ventes par internet
- G. Les problématiques de la distribution duale
- H. La revente hors réseau
- I. Les restrictions aux ventes hors zone de chalandise
- J. Les particularités de la distribution dans les DROM COM
- K. Eviter les restrictions horizontales entre membres du réseau
- L. Eviter les primes fidélisantes et autres abus en cas de position dominante

III. La sortie du réseau et la fin du contrat de distribution

A. L'arrêt total de la distribution

B. La sortie du réseau

1. La multiplication des contentieux
2. La résiliation ordinaire / la rupture de relations commerciales établies
3. La résiliation extraordinaire
4. Obligation d'assistance à la reconversion ?
5. Faculté d'opposition à la cession du contrat ou de l'entreprise ?
6. Le paiement d'une indemnité
7. Les conséquences en droit social
8. Le droit de la faillite
9. La reprise des stocks
10. Les clauses de non-concurrence post-contractuelles

Configurations simples

- La distribution sans contrat de distribution formalisé
- La distribution exclusive
- L'approvisionnement exclusif
- La distribution exclusive avec approvisionnement exclusif
- La distribution sélective qualitative
- Le contrat d'agrégation
- L'agence commerciale
- Le contrat de commission

La distribution sans contrat de distribution formalisé

- La distribution sur la base des seules CGV du fournisseur.
- La distribution sur la base de simples relations commerciales (commandes, factures, livraisons), sans CGV.

Avantages :

- Absence de formalisme.
- Souplesse.
- Absence de soumission à la convention unique.

Inconvénients :

- Difficultés de faire accepter les CGV.
- Imprécision des obligations contractuelles
- Situation de faiblesse juridique

La distribution exclusive

- Souvent utilisée pour les produits lourds impliquant un service de proximité (matériels agricoles, etc).
- Exclusivité territoriale et/ou de clientèle.
- Modèle traditionnel : 1 distributeur pour 1 territoire et/ou 1 type de clientèle.
- Interdiction des ventes actives vers territoire et/ou clientèle, mais autorisation des ventes passives.
- Sélection discrétionnaire des distributeurs.

Avantages :

- Le fournisseur contrôle l'homogénéité de son réseau et sa densité.
- Le distributeur bénéficie d'une protection relative dans sa zone géographique (contre les ventes actives) et est incité à exploiter son territoire et à y investir.

Inconvénients :

- Limite la concurrence intra-marque
- Restreint l'offre du fournisseur qui ne peut vendre ses produits qu'à ses distributeurs.
- Limite le nombre de points de vente et le choix des consommateurs.
- Ne permet pas de lutter contre les reventes hors réseau.

Les innovations du nouveau règlement restrictions verticales en matière de distribution exclusive :

- La reconnaissance de la distribution exclusive partagée
- L'extension de la notion de ventes actives

L'exemption par catégorie de la distribution exclusive partagée:

"Système de distribution exclusive" : Un système de distribution dans lequel le fournisseur alloue un territoire ou un groupe de clients à titre exclusif à lui-même ou à un nombre maximal de 5 acheteurs et restreint la possibilité de tous ses autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif.

- Le règlement (UE) 2022/720 du 11 mai 2022 adopte une définition élargie des « **ventes actives** » (art. 1^{er} (I) du règlement)
- Il définit les « ventes actives » comme étant :
 - « le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe ou par le biais de publicité et de promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de médias papier ou numériques, y compris les médias en ligne, les services de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou appartenant à des groupes de clients spécifiques, »
 - « l'exploitation d'un site internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou »
 - « le fait de proposer sur un site internet des langues communément utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi »

- Le règlement (UE) 2022/720 du 11 mai 2022 adopte une définition plus restrictive des « **ventes passives** » en miroir de la délimitation élargie des ventes actives (art. 1^{er} (m) du règlement)
- Il définit les « ventes passives » comme étant :
 - « les ventes faisant suite à des demandes spontanées de clients individuels, y compris la livraison de biens ou de services au client sans que la vente ait été initiée par le ciblage actif du client, du groupe de clients ou du territoire spécifiques, et incluant des ventes résultant de la participation à des marchés publics ou répondant à des procédures de passation de marchés privés. »

Attention aux formulations contractuelles :

ADLC, 7 mars 2018 : clôture de l'enquête à l'encontre des constructeurs de tracteurs agricoles John Deere et AGCO (Massey Ferguson, Fendt, Laverda et Valtra)

- « Les contrats de concession et les cgv des constructeurs étaient rédigés de telle manière qu'ils pouvaient entretenir le doute sur les possibilités commerciales des concessionnaires »
- « de nombreux concessionnaires s'interdisaient de répondre aux demandes de clients situés hors de leur territoire ou demandaient une autorisation préalable à leur constructeur »
- « les constructeurs ont clarifié leurs règles de distribution pour réaffirmer la liberté commerciale des concessionnaires »

L'approvisionnement exclusif

- Engagement de l'acheteur à ne s'approvisionner qu'auprès d'un fournisseur déterminé.

Avantages :

- Le fournisseur peut contrôler son réseau.
- Il est assuré de débouchés à moyen terme.
- Evite le parasitisme des investissements.
- Le distributeur connaît bien les produits et les services contractuels.
- Très répandu dans le secteur des cafés-restaurants.

Inconvénients :

- Risque d'exclusion de nouveaux entrants et d'effet cumulatif.
- Obligation d'information précontractuelle renforcée.

**Distribution
exclusive avec
approvisionnement
exclusif**

- Très répandu pour la distribution de matériels agricoles et de matériels lourds.

Avantages :

- Double exclusivité.
- Partenariat renforcé.
- Evite le parasitisme des investissements.

Inconvénients :

- Obligations renforcées en droit de la concurrence.
- Obligation d'information précontractuelle renforcée.

La distribution sélective qualitative

- Utilisée pour concilier la vente au plus grand nombre et la défense de l'image de marque du produit.
- Vente limitée à des distributeurs répondant à des critères objectifs, sans limitation quantitative .
- Interdiction des reventes hors réseau.
- Pas d'exclusivité territoriale ni d'exclusivité de marque en distribution sélective pure.

- Le règlement (UE) 2022/720 du 11 mai 2022 définit le « **système de distribution sélective** » (art. 1^{er} (g) du règlement) par 2 conditions cumulatives.
- le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis,
- Les distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire réservé par le fournisseur pour l'exploitation de ce système.

Avantages :

- Valorise le distributeur qui a obtenu l'agrément du fournisseur et qui bénéficie généralement de conditions privilégiées.
- Favorise le service avant-vente, de vente et après-vente.
- Protection contre la revente hors réseau.

Inconvénients :

- Le fournisseur dispose de moins de contrôle sur son réseau, son homogénéité et sa densité.
- Controverse jurisprudentielle sur la faculté de refuser l'agrément au sein du réseau.

Contrat d'agrégation

- Simple agrément de vente avec utilisation du panneau de la marque.

Avantage :

- Souplesse, absence de restriction de concurrence.

Inconvénients :

- Absence de contrôle du réseau.
- Absence d'interdiction de revente hors-réseau.

Agence commerciale

- Le contrat d'agence est un mandat.
- L'agent agit au nom et pour le compte du mandant.

Avantages :

- La clientèle appartient au mandant et non pas à l'agent.
- Le droit de la concurrence n'est pas applicable (si l'agent ne supporte aucun risque ou des risques négligeables).
- L'agent est fortement intéressé à vendre les produits contractuels.

Inconvénients :

- A la fin du contrat, le paiement d'une indemnité importante à l'agent est de droit, sauf faute grave (deux années de commissions moyennes) sauf exclusion du statut en cas d'activité accessoire au titre du même contrat.
- Pas de période d'essai permettant d'éviter le droit à l'indemnité.
- Difficulté d'établir une faute grave compte tenu du caractère très protecteur de la jurisprudence.
- Impossibilité d'invoquer une faute grave découverte après la fin du contrat.

Le contrat de commission

- Le commissionnaire agit en son nom pour le compte de son commettant.

Avantages :

- Permet d'éviter l'indemnité des agents commerciaux, sauf requalification.
- Permet d'imposer les prix en conservant un mode de facturation d'achat-revente. (si le commissionnaire ne supporte aucun risque ou des risques négligeables)
- Mode de facturation achat/revente

Inconvénients :

- Risque de requalification en contrat d'agent (indemnisation de fin de contrat).
- Charge du stock sur le fournisseur.
- Risque lié à l'indemnisation des pertes et nécessité de l'écarter expressément de façon très claire.

Configurations complexes

- La coexistence de réseaux pour la distribution d'un même produit.
- La distribution sélective quantitative combinée avec la distribution sélective qualitative.
- La distribution exclusive combinée avec la distribution sélective.
- La franchise.
- La commission-affiliation.

Focus sur la coexistence de réseaux et sa facilitation par le nouveau règlement restrictions verticales :

- En cas d'adoption de systèmes de distribution différents selon les pays, par exemple distribution sélective à l'ouest, distribution exclusive ou libre à l'est :
 - Possibilité de protection des distributeurs exclusifs contre les ventes actives des distributeurs sélectifs ou libres et de leurs clients directs vers les territoires ou clientèles exclusifs.
 - Possibilité de protection des distributeurs sélectifs contre les ventes actives ou passives des distributeurs exclusifs ou libres de leurs clients à des distributeurs non agréés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective.

- La pratique invente **des formes contractuelles** de manière permanente : exemple récent du contrat de partenariat :
- CA Aix-en-provence, 8^{ème} ch. a, 21 juin 2018, n° 16/21090 : le contrat de partenariat est une figure originale « *à mi-chemin entre la franchise et la concession* ».
- CA Paris, 1^{er} sept. 2021, n° 18/15431 : la cour d'appel de Paris consacre la distinction entre le contrat de franchise et le contrat de partenariat. Il s'agit d'un contrat, dans lequel le chef de réseau est dépourvu d'une obligation générale d'assistance (ou moins forte) sauf si elle se trouve dans les obligations prévues dans le contrat. « *s'agissant du prétendu manquement de la société vapostore à son obligation générale d'assistance, une telle affirmation ne peut s'envisager que dans le cadre du contrat qui n'est pas une franchise et qui définit précisément l'obligation d'assistance de la tête de réseau. celle-ci est déclinée ainsi : assistance avant ouverture du magasin,, assistance pour l'ouverture du magasin et assistance continue. sous réserve de ce qui a été déjà dit concernant le logiciel et qui ne caractérise aucune violation du contrat susceptible d'être valablement reprochée dans le cadre de la présente exception d'inexécution, rien ne permet de retenir l'existence d'un autre manquement de la société vapostore à son obligation d'assistance* ». (page 15 de l'arrêt).

I. L'ENTREE DANS LE RESEAU DE DISTRIBUTION

- A. L'information précontractuelle
- B. L'impératif absolu de bonne foi lors de la formation du contrat
- C. Le contrôle de l'accès au réseau
- D. Le droit applicable et la juridiction compétente
- E. La durée des contrats

A. L'INFORMATION PRECONTRACTUELLE

1. Le document d'information précontractuelle (loi Doubin) : quand est-on ou non soumis à la loi Doubin ?
2. L'information précontractuelle de droit commun après la réforme du droit des contrats : que faut-il faire au titre de l'information précontractuelle du droit civil ?

1. Le document d'information précontractuelle (loi Doubin)

- Article L. 330-3 du Code de commerce :

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

Codification de la loi Doubin du 31 décembre 1989

❖ *Quand le document d'information précontractuelle (DIP) est-il exigé ?*

2 Conditions d'application :

- L'obligation est applicable à tous les contrats de distribution (avec mise à disposition de signes distinctifs) dès lors qu'ils contiennent une **obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité**.

Sont notamment concernés les contrats d'agence commerciale exclusive, les contrats de location gérance avec exclusivité, les contrats d'approvisionnement exclusif, les contrats de distribution exclusive avec obligation d'approvisionnement exclusif, les contrats de licence de marque exclusive,...

- Le contrat doit **comporter la mise à disposition de signes distinctifs**.

Contrats de bière : La jurisprudence considère que l'obligation n'est pas applicable aux contrats de bière dès lors qu'ils ne s'accompagnent pas de la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne (CA NANCY, 5E CH. COM., 25 MAI 2016, N° 15-01501).

A quel moment l'information est-elle due ?

- En cas de renouvellement du contrat (Cass. com., 14 janv. 2003, n° 00-11.781) :
 - ✓ Y compris en cas de reconduction tacite du contrat de franchise pour permettre au franchisé de s'engager de nouveau avec des informations actualisées;
 - ✓ cas de renouvellement du contrat avec avenant portant sur un nouveau marché local (Toulouse Est au lieu d'Alès) où les prédécesseurs avaient dû cesser leur activité sans que les nouveaux franchisés en aient été informés: Paris, 7 nov. 2018, n° 16/10209
- En cas de cession de fonds de commerce avec le contrat (Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692).

❖ **Régime juridique et portée de l'obligation**

- L'article L. 330-3 al. 2 du Code de commerce précise que le document d'information précontractuel, *« dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités »*.
- Le DIP doit être communiqué 20 jours minimum avant la signature du contrat.

Comptes prévisionnels

- **Les obligations liées aux comptes prévisionnels**

- La loi Doubin n'oblige pas le franchiseur à fournir de bilans ou de comptes de résultat prévisionnels.
- Cependant, lorsque les comptes prévisionnels sont communiqués par le franchiseur, ils doivent présenter un caractère sérieux et ne pas comporter d'erreurs grossières (Cass. com., 13 septembre 2017, n° 15-19.740) faute de quoi le contrat peut être annulé pour erreur sur la rentabilité de l'activité (Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21.536).

- **Les caractéristiques des comptes prévisionnels**

- Un avant-projet, non contractuel, à valeur indicative, accompagné de la recommandation de tout vérifier et de le soumettre à un expert-comptable n'est pas considéré comme un compte de résultat prévisionnel, dont le franchisé peut se prévaloir pour engager la responsabilité de son franchiseur en raison du défaut de fourniture d'une information sincère et loyale (Versailles, 12è. ch., 24 oct. 2019, n° 18-02718, Bistrot du Boucher).
- La communication des chiffres-clés de certaines boutiques du réseau et de données relatives à la saisonnalité moyenne des ventes au cours d'un exercice ne peut être assimilée comme une remise de comptes d'exploitation prévisionnels, dont le franchisé peut se prévaloir pour engager la responsabilité de son franchiseur en raison du défaut de fourniture d'une information sincère et loyale (CA Paris, pôle 5 ch. 4, 19 juin 2019, n° 17-05169 et 17-05373).
- Très nombreux contentieux en matière de franchise.

Etat du marché local

- Obligation incombant au franchiseur de fournir une **présentation générale de la situation locale**
- Cette obligation **ne va pas jusqu'à imposer au franchiseur d'établir une étude de marché analysant de manière approfondie l'impact de la concurrence existante sur l'exploitation du franchisé :**
 - Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-25.654
 - Versailles, 12è. ch., 24 oct. 2019, n° 18-02778
 - Saint-Denis de la Réunion, 29 nov. 2019, n° 17-01517
 - Paris, 19 juin 2019, n° 17-05169
- Paris, 11 décembre 2019, n° 18-07010 : le franchisé, installé dans la région depuis plus de vingt ans, qui ne précise pas les démarches entreprises pour satisfaire à son obligation de s'informer en sa qualité de commerçant indépendant, ne peut reprocher au franchiseur une insuffisance de présentation de l'état du marché local.
- Cette obligation **ne va pas jusqu'à imposer au franchiseur d'établir une étude de faisabilité**: cette obligation incombe au franchisé: Paris, 5-4, 15 mai 2019, n° 17-22499.

❖ *Sanction = l'absence de nullité automatique*

- Le non-respect de l'obligation d'information précontractuelle n'entraîne pas la nullité automatique du contrat : le distributeur doit démontrer que le non-respect cette obligation a vicié son consentement (Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906). la charge de la preuve pèse sur le franchisé.

❖ **Sanction: l'absence de nullité automatique**

- Cass. com., 8 juin 2017 : le défaut d'information ne peut entraîner l'annulation qu'en cas de démonstration d'un dol.
- Colmar, 10 avril 2019, n° 16-00031 : même en l'absence totale de DIP, la charge de la preuve du vice du consentement repose sur le franchisé. L'expérience préalable du futur franchisé et sa connaissance du marché local n'exonèrent le franchiseur que si elles portent sur l'activité spécifique objet de la franchise, à défaut nullité.
- CA Paris, 14 octobre 2021, n° 17/10801 : *« la méconnaissance, par un concédant, de son obligation précontractuelle d'information n'entraîne la nullité du contrat de concession que s'il est démontré que celle-ci est constitutive d'un dol, d'une réticence dolosive ou d'une erreur, de nature à vicier le consentement du concessionnaire ».*

Une tendance jurisprudentielle à une plus grande sévérité sur le fond :

- Cass. Com., 13 juin 2018, n° 17-10.618 : **un DIP ne contenant pas de présentation du réseau d'affiliés**, n'alertant pas sur la **faible rentabilité** des sites pilotes ni sur le fait que les résultats des affiliés faisaient apparaître **des pertes** au titre des deux premières années d'exploitation et ne mentionnant pas la **présence de quatre instituts « dépositaires » dans la zone d'implantation** prévue au contrat vicie le consentement du candidat dont le contrat doit être annulé.
- Les omissions d'informations telles que la dégradation des résultats du franchiseur, des départs du réseau, du développement de l'auto-entrepreneuriat sont constitutives d'une réticence dolosive ayant vicié le consentement du franchisé (Douai, 2è. ch. 2è. sect., 20 juin 2019, n° 17-06406, La Fayette Coiffure).

Plus grande sévérité sur la portée de l'attestation de réception :

- CA Paris, 13 décembre 2017, n° 13/19504 : **la clause** par laquelle « *le franchisé reconnaît avoir reçu vingt jours avant la signature du [...] contrat, un document d'information pré contractuelle conformément aux dispositions de l'article l. 330-3 [...] ne peut à elle seule, à défaut de ces précisions, suffire à établir que la société Autobella a rempli les obligations qui lui incombent.* »
- CA Paris, 5-4, 12 septembre 2018, n° 15/14222, Emirates Global c. du Pareil au Même : La seule clause de style contractuelle par laquelle le franchisé « *s'engage en toute reconnaissance de cause sur la base des éléments pertinents qu'ils lui ont été fournis par le franchiseur éléments précis, sérieux et objectifs qu'il ne conteste pas* » ne peut en soi suffire à apporter la preuve de la remise effective du document d'information précontractuelle.
- **Contra** : Grenoble, 1^è ch. civ., 28 mai 2019, n° 17-03503 : la signature du franchisé sous la mention selon laquelle un document d'information précontractuelle lui a été remis suffit à établir l'exécution de son obligation par le franchiseur.

Plus grande sévérité sur la portée de l'attestation de réception :

- Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287 : *« attendu que pour confirmer le jugement et rejeter la demande [...] en annulation du contrat de franchise, l'arrêt retient [...] que M. Mattei a attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 du Code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement et que, dans plusieurs courriels échangés, il en a reconnu les mérites ;*
Qu'en se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».
- Nécessité de différencier la reconnaissance d'un fait (la réception du DIP) qui est efficace et la reconnaissance du contenu et du caractère conforme à la loi du DIP, mais avec parfois une confusion en jurisprudence.

La sanction en cas de manquement : indemnisation de la perte de chance.

- CA Paris, 24 octobre 2018, n° 16/10932 : « **le *préjudice* résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses, et non par les pertes subies. la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.** »

La sanction en cas de manquement : indemnisation de la perte de chance.

- CA Paris, 24 octobre 2018, n° 16/10932 : « compte tenu des éléments du dossier, **le pourcentage de chance que la société [...] ne contracte pas peut être évalué à 80 %.** »
- CA Paris, 20 juin 2018, n° 17/16639 : « dès lors, au regard de l'ensemble de ces éléments, **la probabilité pour la société [...] de signer un contrat [...] à des conditions plus avantageuses sera évaluée à 40%.** »

La sanction en cas de manquement : Quelques cas de réparation intégrale

- Cass. com., 10 févr. 2021, n° 18-25.474 : « *Après avoir relevé que c'est sur la base des données communiquées dans les comptes prévisionnels fournis par la société DCF que l'expert comptable de la société [...] avait établi les prévisions d'exploitation pour celle-ci, l'arrêt constate que **les chiffres ainsi communiqués étaient nettement surévalués, dans des proportions telles que le franchisé était dans l'impossibilité de réaliser le modèle économique défini par le franchiseur.** Il souligne encore que la société [...] n'avait pas les moyens de contrôler ces informations, qui émanaient d'un membre d'un des plus grands groupes du secteur. Il estime en conséquence que **l'ampleur de la tromperie exclut tout aléa.*** »

*Ayant ainsi fait ressortir, par une appréciation souveraine, que, dûment informée, la société [...] n'aurait pas souscrit le contrat de franchise, la cour d'appel a pu retenir que M. R... était fondé à **obtenir la réparation intégrale du préjudice qu'il avait subi, résultant de la mise en œuvre de son cautionnement et de la perte de son compte-courant d'associé.** »*

2. L'information précontractuelle de droit commun depuis la réforme

- La réforme du droit des obligations de 2016 a créé un devoir général d'information précontractuelle (article 1112-1 du nouveau Code civil) :

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

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

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

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

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. [...] ».

- La charge de la preuve du caractère nécessaire de l'information pèse sur celui qui prétend avoir été trompé.
- La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information pèse sur celui qui la doit.
- Règle d'ordre public.
- Obligation néanmoins pour le bénéficiaire de se renseigner (dès lors que « légitimement » l'information est ignorée).
- Absence d'obligation de se renseigner dans les « contrats de confiance ».

➤ Conseils :

- Rédiger un document regroupant les informations pertinentes.
- Le faire parapher et signer par le ou les cocontractants.
- Mentionner dans le contrat que l'information pré-contractuelle a été fournie 20 jours avant sa signature mais conserver la preuve de l'information et de sa transmission effective dans ce délai.
- Appliquer le cas échéant un mécanisme d'information précontractuelle inspiré de la loi Doubin, même lorsqu'on n'y est pas soumis en cas de risque au regard de l'obligation d'information.

B. L'IMPERATIF ABSOLU DE BONNE FOI LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT

1. La réforme du droit des contrats
2. Les négociations contractuelles de bonne foi

1. La réforme du droit des contrats

- L'ordonnance réformant le droit des contrats étend le principe de la bonne foi à la négociation et à la formation du contrat.
 - **Art. 1104 nouveau** : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».
- Codification de la jurisprudence lui donnant plus de portée

2. Les négociations contractuelles de bonne foi

❖ Rupture des pourparlers :

- **L'Art. 1112 nouveau du Code civil** consacre le principe de **liberté** dans la phase précontractuelle, **limité par la bonne foi et l'engagement de la responsabilité délictuelle en cas de faute** commise dans les négociations.

Article 1112 code civil : *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.*

- Seules les circonstances de la rupture peuvent constituer une faute et non la rupture elle-même (ex. désinvolture de l'auteur de la rupture).
- Confirme la jurisprudence selon laquelle la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ne doit pas être prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts (Cass., 26 novembre 2003, « Manoukian »).

➤ Conseil :

- Etre plus attentif à se comporter de bonne foi lors des négociations et de la conclusion du contrat et se ménager la preuve de ce que l'on a contracté de bonne foi.

C. LE CONTRÔLE DE L'ACCES AU RESEAU

1. Le changement de paradigme en matière d'agrément dans les réseaux de distribution sélective : le passage du droit d'être automatiquement agréé à la reconnaissance de certaines facultés de refuser l'agrément
2. Le refus d'agrément en droit civil
3. Le refus d'agrément en droit de la concurrence

1. Le changement de paradigme dans l'accès aux réseaux de distribution sélective

- Jurisprudence classique : obligation d'agréeer tout candidat remplissant les critères de sélection au nom de l'interdiction du refus de vente ou des pratiques discriminatoires ; très grande difficulté à refuser l'entrée dans le réseau avec une forte obligation de se justifier
- Evolution progressive de la jurisprudence jusqu'à la reconnaissance d'une faculté de plus en plus étendue de refuser l'agrément

Comment appréhender aujourd'hui le refus d'agrément en matière de distribution sélective ?

- Une question complexe marquée par des jurisprudences divergentes.

- Des problématiques juridiques séparées mais que les avocats des demandeurs mêlent souvent :
 - ✓ Refus d'agrément et droit civil;
 - ✓ Refus d'agrément et droit de la concurrence

2. Refus d'agrément et droit civil

En droit civil, une liberté de contracter et de ne pas contracter reconnue par les textes

Liberté de contracter:

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. » (article 1102 du Code civil)

Liberté de changer de contractant et de mettre un terme au contrat:

« Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. » (article 1210 du Code civil)

❑ Une Jurisprudence qui consacre désormais la liberté de contracter au regard du droit civil

✓ FIAT c. CATIA : Cass. com., 27 mars 2019, et sur renvoi, CA Paris, 23 oct. 2019

« Par ailleurs, si le principe de la liberté contractuelle est limité par l'obligation de bonne foi et de loyauté, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective quantitative, il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2019 que l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution qu'il détermine et mette en œuvre la sélection de ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et qu'il applique ceux-ci de manière non-discriminatoire. »

❑ Une Jurisprudence qui consacre désormais la liberté de contracter au regard du droit civil

✓ CA Paris, 27 nov. 2019, MERCEDES c. GARAGE DE BRETAGNE

La règle sur l'absence de contrainte liée au droit civil :

- ❖ « *ne distingue pas selon les types de réseau* »,
- ❖ n'a pas à être « *appréciée au regard des exigences requises par la réglementation d'exemption* »,
- ❖ de sorte qu'est indifférente toute « *distinction entre système de distribution sélective quantitative et système de distribution sélective qualitative* ».

❑ Une Jurisprudence qui désormais consacre la liberté de contracter au regard du droit civil

✓ CA Paris, 27 mars 2019, OUSTRIC c. LAND ROVER

Aucune obligation de conclure un contrat de distribution sélective avec tous les distributeurs remplissant les critères de sélection ne pèse sur le fournisseur, en raison du principe de la liberté contractuelle.

De la même façon, le fournisseur n'a aucune obligation d'agréer à nouveau un distributeur après la résiliation de son contrat, même s'il remplit les critères, les engagements perpétuels étant prohibés.

✓ CA Paris, 5-4, 31 juillet 2019, GARAGE DREVET c. HYUNDAI MOTORS

Il résulte du principe de la prohibition des engagements perpétuels et de la liberté du commerce et de l'industrie qu'un distributeur ne dispose d'aucun droit acquis à la poursuite indéfinie d'un contrat de distribution et que tout opérateur économique peut choisir en toute indépendance ses partenaires commerciaux.

☐ Une Jurisprudence qui désormais consacre la liberté de contracter au regard du droit civil

✓ CA Paris, 5-4, 24 juin 2020, SAFIRAUTO et al. c/ HYUNDAI

la liberté contractuelle et l'exigence de bonne foi ne requièrent aucune obligation de déterminer ni de mettre en œuvre d'un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés, ni d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire, dans la mesure où :

- ❖ *la tête de réseau n'a pas entretenu les concessionnaires sortants, de manière déloyale, dans l'illusion que leurs contrats de distribution seraient renouvelés à l'échéance du préavis de résiliation*
- ❖ *la tête de réseau ne s'est pas engagée à examiner la candidature des concessionnaires sortants.*

« la circonstance que la tête de réseau n'ait pas contracté de nouveau contrat de distribution avec les concessionnaires sortants ne constitue pas une faute en vertu du principe de la liberté contractuelle. »

□ Une Jurisprudence qui désormais consacre la liberté de contracter au regard du droit civil

- ✓ Cass. Com. 12-5-2021 n° 19-17.580 f-d, Sté industrielle automobile du Comminges (Siac) contre Société Renault:
 - ✓ les modalités d'un refus d'agrément ou de renouvellement d'agrément peuvent relever de la **responsabilité civile**, à la condition que soient invoquées et démontrées **les conditions permettant la mise en œuvre d'une telle responsabilité**.
 - - « 8. en l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, et dès lors que la siac invoquait, au soutien de sa demande, **le caractère discriminatoire du refus qui avait été opposé à sa candidature au renouvellement de son agrément comme distributeur exclusif dans un réseau entrant dans le champ d'application du règlement (ce) n° 1400/2002, en contestant la pertinence des critères de sélection et les conditions de leur mise en œuvre**, c'est à bon droit et sans méconnaître l'article 3 du règlement (ce) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, **que la cour d'appel, en l'absence d'invocation d'autres agissements relevant du droit de la responsabilité civile, a examiné le refus litigieux au seul regard du règlement (ce) n° 1400/2002, dont il relevait exclusivement.** »

3. Refus d'agrément et droit de la concurrence : comment l'appréhender au regard de la prohibition des ententes?

Le refus constitue-t-il un accord ?

Si OUI, est-il anticoncurrentiel, par objet ou par effet ?

Cet accord peut-il être exempté?

Premier temps de l'analyse: LE REFUS CONSTITUE-T-IL UN ACCORD DE VOLONTÉ ?

Deux courants s'opposent :

- ✓ **Le refus d'agrément constitue un accord entre le fournisseur et ses distributeurs agréés.**
 - Cour d'appel de Paris (ancienne position de la Chambre 5-4 et position de la chambre concurrence),
 - Autorité de la concurrence.

- ✓ **Le refus d'agrément peut constituer un acte unilatéral du fournisseur**
 - Le tribunal de commerce de Paris,
 - Certaines décisions de la Cour d'appel de Paris, antérieures ou parallèles à la position classique de la chambre 5-4,
 - La chambre 5-4 de la Cour d'appel de Paris dans sa composition la plus récente.

LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD

- Cour d'appel de Paris (23 janvier 2019, AUTOMOBILES PALAU c. MAZDA; 27 mars 2019, OUSTRIC C. JAGUAR LAND ROVER)

« Un refus d'agrément opposé à un distributeur remplissant les critères de sélection s'inscrit dans le cadre des contrats de distribution sélective prévoyant la politique d'agrément du fournisseur, acceptée par avance par les distributeurs. Il traduit donc nécessairement un concours de volontés entre le fournisseur et les distributeurs du réseau. »

Un refus d'agrément non discriminatoire constitue donc un concours de volontés entre fabricant et distributeurs qui consentent par avance, en signant les contrats, aux critères de sélection et au principe de leur application non discriminatoire, qui veut que ne soient admis dans le réseau que les distributeurs qui en remplissent les critères et qu'inversement ceux qui ne les remplissent pas en soient exclus. Il n'est pas envisageable qu'au regard de la jurisprudence Volkswagen, un refus d'agrément non discriminatoire soit considéré comme un concours de volonté alors qu'un refus d'agrément discriminatoire ne le serait pas car cela viderait les règles de licéité des réseaux de toute efficacité, puisque seuls pourraient être alors sanctionnés les refus d'agrément opposés par des fabricants disposant d'une position dominante

LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD

- Adlc, n° 19-D-08, 9 mai 2019, HYUNDAI

« l'adhésion des distributeurs à un système de distribution sélective, concrétisée par la signature d'un contrat entre la tête de réseau et les distributeurs, traduit l'existence d'un accord de volontés entre la tête de réseau et chacun de ses distributeurs.

Selon la Cour de justice [JP AEG]....(un refus d'agrément doit) être considéré comme illicite, lorsque le fabricant ... refuse d'agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs du système (...). Une pareille attitude de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise... Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs. En effet, dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique (arrêt AEG) »

LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD

- CA Paris, 5-7, 4 juin 2020, confirmant la décision HYUNDAI de l'Adlc

en l'espèce, la plainte est rejetée pour défaut d'éléments suffisamment probants d'une politique de refus généralisée cachant une sélection quantitative ou d'un comportement discriminatoire, la tête de réseau justifiant de raisons de refus d'agrément

« l'autorité a souligné que cette relative liberté contractuelle n'interdisait pas aux autorités de concurrence de vérifier la licéité d'un réseau de distribution et notamment l'application uniforme, sans discrimination, des critères d'intégration au réseau. »

- d'un point de vue pratique: s'il n'est pas nécessaire de justifier dans le courrier refusant une candidature à l'entrée au réseau les motifs de ce refus, il est important de disposer d'un dossier sur chaque candidat et de lister les raisons objectives de refuser ce candidat afin de pouvoir en justifier en cas de contestation.

LE REFUS NE CONSTITUE PAS UN ACCORD

❑ POSITION QUI A ÉTÉ LONGTEMPS RETENUE PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS (HORLOGERIE)

CA Paris, 19 juin 2016, Elysées Shopping c. Rolex France, n° 14/07956:
“Pour constituer une entente, un refus d'agrément doit être de nature à éliminer la concurrence ou permettre cette élimination (...) l'appelante ne rapporte pas la preuve que le refus d'agrément au réseau résulterait d'une entente entre la société Rolex et ses distributeurs de nature à affecter le fonctionnement concurrentiel du marché national de l'horlogerie de luxe et de prestige ».

(Adde : 13 avr. 2005, Concurrence c. JVC; 27 fév. 2017, Garage Nacci, n° 15/12029; 12 déc. 2018, Concurrence c. Sony).

❑ Un arrêt de la chambre 5-4 Cour d'appel de Paris dans sa nouvelle composition qui reconnaît le caractère unilatéral du refus d'agrément

✓ CA Paris, 27 nov. 2019, MERCEDES c. GARAGE DE BRETAGNE

« Toutefois, en droit, la pratique restrictive de concurrence alléguée par la SA Garage de Bretagne ne peut être qualifiée d'action concertée ou d'entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce que s'il est établi que les parties y ont librement consenti en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Or ces circonstances ne sont pas établies au vu des éléments invoqués par la SAS Mercedes-Benz France.

En effet, ce n'est pas parce que le Groupe Saga dispose, comme distributeur et réparateur du réseau Mercedes, d'une implantation dans 21 villes de France, qu'est démontrée, par le seul refus d'agrément litigieux, son accord implicite à la volonté de la SAS Mercedes-Benz France de lui conférer " un monopole absolu dans la réparation officielle des véhicules Mercedes sur la zone d'Angers ". »

❑ Un arrêt de la chambre 5-4 Cour d'appel de Paris dans sa nouvelle composition qui admet le caractère unilatéral que peut revêtir un refus d'agrément

✓ CA Paris, 5-4, 24 juin 2020, SAFIRAUTO et al. c/ HYUNDAI

*« - le seul fait d'être membre d'un réseau de distribution ne vaut pas acquiescement même tacite à une **invitation apparemment unilatérale du fournisseur** à commettre certaines pratiques, d'autres indices devant démontrer cet acquiescement, comme par exemple, l'application, par les distributeurs, de la pratique souhaitée par le fournisseur;*

- il en va autrement lorsque ce comportement concerne la politique d'agrément des distributeurs par le fournisseur selon les critères du réseau prévus dans les contrats de distribution sélective, condition fondamentale de la licéité même du réseau au sens de l'article 101, alinéa 1 du TFUE. »

□ Qu'en penser ?

La jurisprudence européenne est devenue plus exigeante pour caractériser un accord.

L'arrêt *AEG* (CJCE, 25 oct. 1982, C-107/82) cité par la Cour d'appel de Paris et l'Adlc est antérieur aux arrêts *BAYER* du TUE et *VOLKSWAGEN* de la CJUE (Commission / Volkswagen, 13 juillet 2006, C74-04) qui exigent la démonstration de l'accord des distributeurs:

- ✓ soit du fait des clauses du contrat;
- ✓ soit par un acquiescement exprès ou tacite à l'invitation de la tête de réseau.

- CJCE, AEG, 25 octobre 1983, C-107/82 : un nombre important de refus d'agrément opposés à des revendeurs remplissant les critères d'entrée au sein d'un réseau de distribution sélective fournit la preuve d'une application discriminatoire des critères de sélection.
- CJCE, Commission / Volkswagen, 13 juillet 2006, C-74/04 : toute invitation adressée par un constructeur à des concessionnaires n'est pas nécessairement un accord, il est nécessaire de démontrer l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat dans chaque cas particulier.

un refus d'agrément peut constituer un accord ou un acte unilatéral selon les circonstances.

il faut sans doute distinguer plusieurs cas.

1) cas où le refus apparaît incontestablement comme un acte unilatéral

- le refus est fondé sur un grief personnel du fournisseur envers le candidat à l'entrée dans le secteur : impayés préalables, retards de paiement, mauvais résultats, revente hors réseau, mauvaises relations, procès à répétition, fautes etc.

2) cas où le refus apparaît plutôt comme un accord

- le fournisseur a convenu avec son réseau d'une limite quantitative et refuse l'accès du fait de cette limite (derniers arrêts de la chambre 5-4 de la cour d'appel de paris)

3) cas discutés et arguments non encore résolus

- le candidat remplit les critères qualitatifs mais le fournisseur lui oppose néanmoins un refus sans arriver à démontrer de grief personnel.
- arguments en défaveur de l'accord: l'accord avec le réseau n'est pas d'accepter tout candidat mais de ne vendre qu'à des entreprises remplissant les critères
- étrange de voir un accord dans un refus d'application dudit accord

Deuxième temps de l'analyse: LE REFUS, S'IL CONSTITUE UN ACCORD, EST-IL ANTICONCURRENTIEL ?

Le refus a-t-il pour objet de fausser la concurrence ?

✓ **Y a-t-il volonté de porter atteinte à la concurrence ?**

✓ **ou au contraire, le refus est-il justifié ? Par un désintérêt pour la marque ou des fautes (arrêt PALAU) ? Par une absence de caractérisation des griefs formulés (autres affaires) ?**

Deuxième temps de l'analyse: LE REFUS S'IL CONSTITUE UN ACCORD, EST-IL ANTICONCURRENTIEL ?

☐ Le refus a-t-il pour effet de porter atteinte à la concurrence ?

La Cour d'appel et l'Adlc l'ont exclu dans plusieurs affaires :

- ✓ Possibilité pour le candidat éconduit de représenter d'autres marques ou d'être multimarque;
- ✓ Existence d'autres réparateurs de la marque et d'autres réparateurs d'autres marques ou multimarques dans le périmètre géographique concerné.

Troisième temps de l'analyse: le refus d'agrément peut-il être exempté ?

✓ CA Paris, 20 fév. 2019, SIAC c. RENAULT

Un refus d'agrément même discriminatoire peut être exempté en application du règlement n° 330/2010 dès lors que les parts de marché n'excèdent pas 30%

- Solution valable pour la plupart des réseaux de distribution.
- Difficulté pour les réseaux de distribution sélective qualitative pour lesquels le seuil de 30% de parts de marché est dépassé.
- Pour ces derniers: faire valoir l'acte unilatéral, ou l'absence d'objet et d'effet anticoncurrentiel et la nécessité d'apprécier la demande d'agrément sur le marché amont de l'offre et de la demande de contrats.

- **Dernier état de la jurisprudence, mais sans doute pas définitif :**

Trois arrêts très importants de la Cour de cassation ont été rendus en matière de refus d'agrément le 16 février 2022 :

- Mercedes c. Garage de Bretagne
- Hyundai c. Benmeleh
- Hyundai c. Alessandria

La Cour de cassation a décidé de centraliser les trois affaires en matière de refus d'agrément afin de rendre des arrêts de principe en la matière, tant au regard du droit civil que du droit de la concurrence.

- Cass. com., 16 février 2022, n° 20-11.754, Mercedes c. Garage de Bretagne

*« Ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus, par l'opérateur à la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative, d'agrérer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection, **seule une mise en œuvre discriminatoire de ces derniers ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence ou un refus ayant le même objet ou effet étant prohibés par les articles 101 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-1 du code de commerce.** »*

- Cass. com., 16 février 2022, n° 21-10.451, Hyundai c. Benmeleh
- Cass. com., 16 février 2022, n° 20-18.615, Hyundai c. Safirauto

*« En vertu de l'article 3 du règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, **l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité.***

*Après avoir relevé que la part de marché de la société Hyundai était inférieure à 30 %, tout comme celle de la société [...], et qu'il n'était pas soutenu que le contrat de distribution contînt des clauses s'opposant à l'exemption, **l'arrêt retient qu'un système de distribution sélective dans lequel la tête de réseau refuse son agrément sans avoir évalué la candidature sur la base des critères qualitatifs prédéfinis ne perd pas le bénéfice de l'exemption conférée par le règlement sur les accords verticaux.** Il relève en outre que le *numerus clausus* appliqué à leur détriment n'est pas contesté par elles.*

En l'état de ces motifs, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que le refus de la société Hyundai d'examiner la candidature de la société Automobiles JPB, en qualité de distributeur, échappait à l'application des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L.420-1 du code de commerce. »

D. LE DROIT APPLICABLE ET LA JURIDICTION COMPETENTE AU CONTRAT

1. Le choix du juge compétent
2. Le choix du droit applicable

1. Le choix du juge compétent

- Une clause attributive de juridiction permet aux parties de soustraire leurs différends à la compétence de leur juge naturel.
- Il est préférable de prévoir la juridiction compétente en cas de litige dans le contrat de distribution.

- Pour les contrats nationaux :
 - Les parties peuvent choisir une autre juridiction nationale que celle du droit commun, ou un arbitre.
 - Si le choix se porte sur une juridiction étatique il est préférable de désigner un juge compétent pour appliquer le droit de la concurrence et des pratiques restrictives de concurrence (Paris, Lyon, Marseille, Bordeaux, Lille, Nancy, Rennes et Fort-de-France).
 - Possibilité d'attribuer compétence au TJ entre partenaires commerciaux (mais avec une incertitude sur la faculté de déroger à la compétence du tribunal de commerce au titre de L. 442-1 et du droit de la concurrence).

- Pour les contrats internationaux :
 - Les parties sont libres de désigner un juge étranger, français ou un tribunal arbitral.
 - Le choix d'une juridiction française est moins coûteux pour la partie française (proximité, langue, connaissance du droit français).
 - La clause attributive ou compromissoire à un juge ou un arbitre étranger permet d'échapper à la compétence des tribunaux français, même pour l'application d'une loi de police française (telle l'article L.442-1, 1, 2° du Code de commerce).

❖ *Le choix de l'arbitrage*

Avantages :

- Confidentialité
- Rapidité avancée
- Maîtrise de la composition du tribunal arbitral

Désavantages :

- Coût élevé
- Délais souvent équivalents à certaines procédures judiciaires
- Difficulté à éviter les liens avec les parties ou les autres arbitres
- Limitation des recours
- Plus grande liberté des arbitres de statuer en équité et non en droit

2. Le choix du droit applicable

- Le droit français est sur différents points protecteur de la partie faible et plus interventionniste que d'autres droits plus neutres.
- D'autres droits présentent des avantages, par ex. :
 - Le droit suisse : plus « neutre » que le droit français, tout en restant proche.
 - Le droit anglais : plus respectueux de la volonté des parties, moins de législations spéciales et de dispositions d'ordre public, mais très éloigné du droit français et d'un coût très élevé.

- Mais attention aux accumulations d'obstacles procéduraux dans les relations avec les PME
- ✓ T. com. Paris., 1^{re} ch., 13 octobre 2020, SUBWAY
 - *S'il « n'est pas contestable que sont licites, d'une part l'emploi de la langue anglaise dans un contrat commercial français, d'autre part la référence à un droit étranger, enfin la clause compromissoire »*
 - En revanche, des clauses imposant le choix de la langue anglaise pour la rédaction du contrat, l'application de la loi néerlandaise et la compétence d'un arbitre new-yorkais en cas de litige, qui, prises individuellement, ne seraient pas critiquables, **créent un déséquilibre significatif par leur accumulation.**

→ **La loi « Descrozaille »** a introduit un nouvel article :

Article L. 441-1 A du Code de commerce

« Les chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage. »

La loi « Descrozaille » vient confirmer le caractère d'ordre public du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Elle affirme très prudemment une compétence de principe des juridictions françaises, mais sous réserve du droit européen, de l'application des traités internationaux et du recours à l'arbitrage.

➤ Conseils :

- Veiller au respect des clauses de conciliation préalable.
- Se poser la question de la soumission de ses contrats au droit le plus avantageux.
- Se poser la question de la soumission de ses contrats à un juge étranger ou un tribunal arbitral.
- En tout état de cause, rédiger l'objet des clauses attributives de la manière la plus large possible en y intégrant expressément la rupture des relations commerciales établies et le droit de la concurrence.

E. LA DURÉE DES CONTRATS

- Principe : la durée du contrat est libre.
- Mais l'engagement d'exclusivité du distributeur est limité à 10 ans en tout état de cause en droit français (Art. L. 330-1 du Code de commerce).
- L'exclusivité d'achat traditionnellement limitée à 5 ans pour bénéficier de l'exemption par, sauf pour les contrats de franchise où elle peut épouser la durée du contrat.
- Réforme opérée par le nouveau règlement : 5 ans renouvelables à condition qu'il soit possible de sortir du contrat à l'échéance des 5 ans.

➤ Conseils :

- Opter pour une durée indéterminée avec faculté de résiliation ordinaire à tout moment moyennant un préavis de x mois ou pour une durée déterminée renouvelable ou non par tacite reconduction.
- Veiller à limiter la durée des clauses d'approvisionnement exclusif ou de monomarquisme à 5 ans renouvelables en droit commun de la distribution (hors franchise).
- Veiller en cas de pluralité de contrats à avoir un même terme, déterminé ou indéterminé (loi Macron).

- A. Le prix de vente du fournisseur à son réseau
- B. Le prix de revente du réseau à ses clients
- C. La convention unique
- D. Les clauses déséquilibrées et l'avantage sans contrepartie proportionnée
- E. La bonne foi dans l'exécution du contrat
- F. Les ventes par internet
- G. Les problématiques de la distribution duale
- H. La revente hors réseau
- I. Les restrictions aux ventes hors zone de chalandise
- J. Les spécificités de la distribution dans les DROM-COM
- K. Eviter les restrictions horizontales entre membres du réseau
- L. Eviter les primes fidélisantes et autres abus en cas de détention d'une position dominante

A. LE PRIX DE VENTE DU FOURNISSEUR A SON RESEAU

1. La jurisprudence classique sur le prix tarif
2. Les nouvelles problématiques résultant de la convention unique et de la réforme du droit des contrats

1. La jurisprudence classique sur le prix tarif

- Depuis les arrêts de l'Ass. Plén. du 1^{er} décembre 1995 :
 - Le prix n'est plus considéré comme un élément de validité du contrat, il doit simplement être **déterminé ou déterminable**.
 - Le prix peut cependant être sanctionné s'il est abusif. La sanction intervient sur le terrain de la responsabilité contractuelle.
- Les parties ne sont pas obligées de fixer le prix dans le contrat, dès lors qu'il est déterminé ou déterminable (possibilité de renvoi à des annexes ou des avenants).

2. Les nouvelles problématiques résultant du droit de la convention unique et de la réforme du droit des contrats

- ❖ **La convention unique :**
- ❖ Le prix convenu (sur la base des CGV du fournisseur) doit résulter de la négociation commerciale.
- L'Administration considère qu'il est fixe pour toute la durée du contrat (soit 1 an pour la convention unique classique), sauf avenant modifiant la convention et indiquant l'élément nouveau le justifiant ou référence dans la convention de droit commun (hors PGC) aux « types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ».

➤ **Conseil :**

- Prévoir un prix convenu variable dans la convention unique (prix avec indexation, ou prix tarif fixé par le fournisseur).

- L'Art. 1164 nouveau consacre la possibilité pour une partie de **déterminer unilatéralement le prix** dans les contrats-cadre.
 - Pour protéger les intérêts du débiteur du prix, une **obligation de motivation** pèse sur le cocontractant qui fixe unilatéralement le prix (non prévu par la jurisprudence antérieure).
 - En cas d'abus dans la fixation du prix, des dommages et intérêts sont dus.

➤ Conseils :

- Dans les contrats cadre, prévoir une clause de fixation unilatérale des prix par le fournisseur ; encadrer ce droit unilatéral en termes de délai.
- En cas d'usage du droit de fixation unilatérale des prix et de variation, être capable de le motiver sérieusement et documenter les motifs avancés.
- Conserver les justificatifs de la fixation et de la variation du prix pendant la durée de la prescription (au moins pendant 5 ans).

B. LE PRIX DE REVENTE DU RESEAU A SES CLIENTS

1. Dans les réseaux de distribution par revendeurs indépendants
2. Dans les réseaux de distribution par représentation

1. Dans les réseaux de distribution par revendeurs indépendants

- Interdiction des prix de revente fixes ou minimum imposés.
- Marge de manœuvre laissée au fournisseur : prix recommandés et prix maximum.

- Exemples de prix imposés contractuellement et condamnés :
 - La clause du contrat de franchise par laquelle le franchisé s'engage à respecter et ne pas modifier les tarifs clientèle communiqués par le franchiseur constitue une clause de prix imposés au sens de l'article L. 442-5 du Code de commerce (Paris, 5-4, 9 janvier 2019, n° 16-21425)
 - Des conditions générales de vente dans lesquelles le fournisseur impose ses prix à ses grossistes et aux détaillants constituent des preuves directes d'une entente verticale de prix, qui ne nécessitent pas de vérifier leur application significative par les revendeurs (Paris, 5-7, 16 janvier 2020, n° 19-03410, Canna France / ADLC; adde: ADLC, 30 juillet 2019, n° 19-D-17, Fertilisants liquides).
 - Tendances à élargir la notion de prix imposés directement

- En l'absence de prix imposés contractuellement, application classique par le passé d'un triple test (**mais standard de preuve révisé depuis**) :
 - Recommandation ou évocation d'un prix ;
 - Application par les distributeurs ;
 - Mesure de police des prix.

ARRET IMPORTANT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS

- CA Paris, Pôle 5 ch. 7, Apple, 6 octobre 2022, n° 20/08582

« 456. rien ne s'oppose à ce que la démonstration de l'existence d'une [entente verticale sur les prix] résulte de la **combinaison de différents éléments de preuve, directs et indirects**, [...]. À cet égard, la Cour relève que c'est à juste titre que la décision attaquée a rappelé que **si le mode de preuve le plus généralement utilisé du concours de volontés en matière d'entente verticale sur les prix s'articule autour de la réunion de trois indices, qualifiée de « faisceau à trois branches »** (diffusion de prix, mise en œuvre d'une police des prix et application significative des prix diffusés), **la preuve de ce concours de volontés peut également résulter d'autres indices, documentaires ou comportementaux, permettant d'établir, d'une part, l'invitation du fabricant, et d'autre part, l'acquiescement des distributeurs à la pratique litigieuse.** »

- En l'absence d'une preuve documentaire directe (=notes internes, déclarations, comptes rendus de réunion, projets d'ordre du jour, notes prises lors de réunions...) de prix imposés, application d'un double test (abandon du triple test par l'Adlc) :
 - Indices documentaires ou comportementaux établissant l'invitation à la pratique litigieuse par le fournisseur
 - Acquiescement de la part de ses distributeurs

Décisions ayant recours à cette « nouvelle » méthode probatoire

- Adlc, n° 15-d-07, 23 avril 2015 (pts 38 à 41)
- Adlc, n° 18-d-26, 20 décembre 2018 (pts 237 à 245)
- CA Paris, 5-7, n° 19-03410, 16 janvier 2020 (pts 39 à 52)
- Adlc, n° 20-d-04, 16 mars 2020 (pt 835)
- Adlc, n° 20-d-20, 3 décembre 2020 (pts 185 et 186)
- Adlc, n° 21-d-14, 24 juin 2021 (pts 142 à 145)
- Adlc, n° 21-d-20, 22 juillet 2021 (pt 576)
- Adlc, n° 21-d-26, 8 novembre 2021 (pts 141 à 152)

Preuve de l'application par les distributeurs

Adlc, n° 20-D-20, 3 décembre 2020 :

Si les relevés de prix ne présentent pas toutes les caractéristiques suffisant à démontrer statistiquement le respect des prix imposés sur l'ensemble de la période infractionnelle retenue, ils concourent, avec d'autres éléments de nature qualitative et quantitative, tels que les déclarations de la plupart des distributeurs qui pratiquent la vente en ligne, attestent de l'application effective des prix par ces derniers, à un faisceau d'indices graves, précis et concordants qui établissent le respect effectif de ces prix par les distributeurs.

CA Paris, 19 décembre 2018, N° 16/07213 :

« La preuve que ces **prix communiqués** étaient, en réalité, dans l'esprit du **fournisseur**, des **prix imposés**, exige que soit établie la mise en place d'une **surveillance des prix par le fournisseur**, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence de représailles, de **simples contrôles de prix, ou pressions étant suffisants.** »

Mais la seule obligation faite au franchisé d'informer le franchiseur sur les marges pratiquées ne traduit pas l'existence d'un contrôle sur ces marges, constitutif d'une pratique indirecte de prix imposés.

(Paris, 5-4, 19 juin 2019, n° 17-05169, n° 17-05373, Guy Degrenne).

Mesures de police des prix (l'Adlc a tendance à vouloir se dispenser de cette condition mais la mentionne lorsqu'elle existe)

Adlc, n° 20-d-20, 3 décembre 2020 :

Lorsqu'un fournisseur a communiqué des prix conseillés à ses distributeurs dont il a imposé le respect, dans le but d'éviter des divergences entre les prix pratiqués lors de la vente en ligne des produits contractuels:

- En contrôlant les modalités de vente sur internet, en incitant par le biais des conditions générales de vente ou des accords de distribution en ligne l'application des "prix conseillés" et
- En infligeant des sanctions aux distributeurs qui s'en écartent (suppression ou modification de remises, retards de livraison, etc.),

La preuve d'une invitation du fournisseur et d'un acquiescement des distributeurs est apportée, le refus de quelques distributeurs d'adhérer à la pratique étant sans incidence.

Risque de dommages-intérêts en cas de préjudice chez le distributeur

CA Paris, 19 décembre 2018, n° 16/07213 :

« (...) la **pratique de prix imposés** a conduit à une **baisse des volumes vendus**, un message électronique attestant de l'attitude réactive des consommateurs aux différences de prix. compte tenu de cet élément, de la durée des pratiques et de leur caractère systématique, la cour **évalue à 20 000 euros le préjudice économique subi (...)** »

2. Dans les réseaux de distribution par représentation

- Inapplicabilité du droit de la concurrence si l'agent ne supporte pas ou supporte dans une mesure négligeable les risques suivants :
 - Risques propres à chaque contrat
 - Risques liés aux investissements propres au marché
 - Risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits

Lignes directrices sur les restrictions verticales, 30 juin 2022, n° 31 et 32

- Inapplicabilité limitée aux contrats conclus par l'agent au nom du commettant : le droit de la concurrence reste applicable au contrat entre l'agent et le commettant (ex: exclusivité)

2. Dans les réseaux de distribution par représentation

- La fixation du prix par le commettant :
- La commission-affiliation : permet au fournisseur de fixer les prix de revente.
 - Lignes directrices sur les restrictions verticales, 30 juin 2022, n° 41 (c) :
« Le commettant est ainsi en mesure de déterminer sa stratégie commerciale concernant: les prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter les biens ou services contractuels. »
 - Lignes directrices sur les restrictions verticales, 30 juin 2022, n° 192 :
« Dans le cas d'un contrat d'agence, le commettant fixe généralement le prix de vente, étant donné qu'il supporte les risques commerciaux et financiers liés à la vente. ».

2. Dans les réseaux de distribution par représentation

- Ajout par les lignes directrices sur les restrictions verticales du 30 juin 2022
 - De manière générale, + de précisions sur le remboursement des frais par le commettant à l'agent dans les nouvelles lignes directrices
 - Développements sur l'hypothèse dans laquelle l'agent est également distributeur indépendant
 - Allongement de la liste des risques que l'agent ne doit pas supporter pour être qualifié de vrai agent

C. LA CONVENTION UNIQUE

Art. L. 441-3 (anciennement L. 441-7) du Code de commerce: imposition d'une convention écrite entre le fournisseur et le distributeur récapitulant les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale.

- La nécessité de conclure une convention unique suppose donc l'existence de négociations entre les parties.
- Avis n° 10-07 du 1^{er} avril 2010 de la CEPC: l'exigence d'une convention unique est subordonnée à une certaine permanence de la relation commerciale et à la négociation. Pas d'obligation de convention unique lorsque la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur la base des CGV générales ou catégorielles.

D. LES CLAUSES DESEQUILIBREES ET LES AVANTAGES SANS CONTREPARTIE PROPORTIONNEE

1. La sanction des clauses déséquilibrées par application de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce
2. Les clauses déséquilibrées dans les contrats d'adhésion depuis la réforme du droit des contrats
3. La concurrence de l'avantage sans contrepartie (article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce) désormais plus aisé à mettre en œuvre que le déséquilibre significatif

1. La sanction des clauses déséquilibrées par application de l'article L. 442-1, I, 2 du Code de commerce

- L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce sanctionne : le « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».
- Il n'existe plus de condition de preuve d'une relation de dépendance économique ou de puissance d'achat.
- En raison de son **champ d'application très large**, ce texte a vocation à s'appliquer à tous les systèmes de distribution.

La difficile appréciation du déséquilibre significatif :

- Le déséquilibre significatif suppose une absence de réciprocité, un défaut de contrepartie, voire même une disproportion entre les droits et obligations des parties.
- Le déséquilibre significatif est également établi lorsque l'application d'une clause est laissée à l'entière appréciation de l'une des parties.
 - Par exemple pour une clause de déréférencement pour sous-performance du produit directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente.

- Le déséquilibre s'apprécie au regard de **l'économie générale du contrat**. Il s'apprécie au regard de l'économie juridique du contrat et non de sa rentabilité économique.
- **Problèmes de procédure**
 - Quelle application de la loi dans le temps ?
 - Inapplicabilité aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi LME du 4 août 2008 (Paris, 22 mars 2017 ; 9 juin 2017 ; 30 juin 2017 ; Cass. com., 5 juillet 2017, Castorama : absence d'effet rétroactif)
 - En particulier concernant l'interdiction des clauses déséquilibrées dans les rapports entre professionnels, la loi LME est entrée en vigueur le 6 août 2008 et non le 1er janvier 2009 (T. Com. Paris, 1^{re} ch. 13 octobre 2020, n° 201700512)

- **Sur le fond :**

- Article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services*
de soumettre ou tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties; »

- **4 problèmes de fond :**
 - Quel champ d'application ?
 - Qu'est-ce que la soumission ?
 - Qu'est-ce que le déséquilibre significatif ?
 - En combinant tout cela, ne va-t-on pas trop loin ?

- **Quel champ d'application ?**

- Application par l'ordonnance Egalim du 24 avril 2019 à l'autre partie dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion de l'exécution d'un contrat (donc lors de l'entrée en relations également et au-delà des partenaires commerciaux, avec l'autre partie)
- Application par la Cour de cassation de l'esprit du nouveau texte avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance dans la limite de la prescription (5 ans): Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512 : le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale, sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse d'un véritable partenariat à long terme impliquant une volonté commune et réciproque d'effectuer ensemble de concert des activités de production, de distribution ou de services.
- Exclusion des relations soumises à un statut spécial (relations sociétaires internes à un GIE, etc.).

- **Qu'est-ce que la soumission à une obligation déséquilibrée ?**
- Evolution de la jurisprudence :
 - À l'origine, pas d'exercice de pressions irrésistibles ou coercition, mais existence d'un rapport de forces déséquilibré permettant de faire peser des obligations déséquilibrées sur le partenaire commercial

Critère essentiel à présent : l'absence de pouvoir effectif de négociation des clauses

- Paris, 20 décembre 2017, n° 13/04879 : la seule structure du marché ne suffit pas à prouver la soumission, même en cas de contrat-type ; le critère essentiel est l'absence de pouvoir effectif de négociation des clauses contractuelles proposées.
- Approuvé par Cass. com., 20 novembre 2019, n° 18.12-823
- Retour de la relation déséquilibrée lorsque le contrat ne se prête pas à la négociation comme pour les places de marché (T. com. Paris, 1^è ch., 2 sept. 2019, Amazon, n° 2017050625): rapport de force économiquement déséquilibré, rôle incontournable de l'une des parties, puissance de négociation du leader incontournable sur le marché, absence de marge de négociation des cocontractants.
- Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-23.298 : « *l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective* »

- **Qu'est-ce qu'une obligation déséquilibrée ?**
 - L'obligation déséquilibrée « *peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties* » (Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-23.298)
 - Exemples :
 - Clauses de révision de prix à sens unique ou jouant plus facilement pour une partie que pour l'autre
 - Délais de paiement asymétriques entre fournisseurs et distributeurs
 - Clauses résolutoires unilatérales

- Clauses exorbitantes du droit commun laissées sans justification à l'entière appréciation de l'une des parties
- Clauses disproportionnées en faveur de l'une des parties sans justification objective

- Le contrôle de l'inadéquation du prix dans le cadre du déséquilibre significatif
- Cass., Com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547 :
« (...) qu'il suit de là que **l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix**, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un **déséquilibre significatif** dans les droits et obligations des parties (...) »

❑ Tendance nouvelle des distributeurs à contester sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce les conditions d'octroi des primes

❑ CA Paris, 6 nov. 2019, MAZDA c. MONTCHAPET, n° 18/03352

Arrêt intéressant car il rappelle les deux conditions du déséquilibre significatif:

L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective.

L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties.

✓ CA Paris, 6 nov. 2019, MAZDA c. MONTCHAPET

□ Elément de soumission: appréciation nuancée

« Si, de manière générale, la structure d'ensemble du marché considéré peut constituer un indice de rapports de forces déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission ou de tentative de soumission. Cet indice doit être complété par d'autres indices. En effet, certains distributeurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les distributeurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par la tête de réseau. Toutefois, la menace d'éviction n'est pas sans conséquence, même pour les gros distributeurs et même si ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de tout moyen d'action. »

En l'espèce:

- Distributeur appartenant à un grand groupe (126 M€ de CA / 220 salariés),
- Distributeur vendant en majorité une autre marque mieux implantée (FORD),
- Distributeur qui avait décidé de se désengager de la représentation de la marque.

✓ CA Paris, 6 nov. 2019, MAZDA c. MONTCHAPET

□ DÉSÉQUILIBRE DES OBLIGATIONS : des conditions affectant l'octroi de remises peuvent relever de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce.

En l'espèce:

- La perte d'un bonus de 2% subordonné à la réalisation d'un investissement n'est pas source de déséquilibre significatif car elle dispense de réaliser cet investissement (80k€)
- Le fait de créer des prérequis à des remises conditionnelles n'entraîne pas *ipso facto* un déséquilibre significatif.
- Pas de déséquilibre pour:
 - ✓ le prérequis réalisation de l'objectif de vente à 60% pour la remise « vendeur dédié »
 - ✓ le prérequis publication du rapport de gestion Mazda,

✓ ¹²⁰ Adde, Trib. Com. Paris, 20 janvier 2021, Fiat / Cara, n° rg 2019013259 : rejet de la contestation sur le fondement de la convention unique car les objectifs étaient négociés.

✓ CA Paris, 5 nov. 2021, n° 20/00022

Arrêt qui rappelle que :

□ LA RECIPROCITE CHASSE LE DESEQUILIBRE

➤ *Mais critiques émises par une partie de la doctrine qui estime que la symétrie des droits n'implique pas nécessairement une symétrie des intérêts en cause (e. g. : un concessionnaire exclusif, titulaire du droit de résiliation du contrat comme le concédant, n'a toutefois pas le même intérêt que ce dernier à faire usage de ce droit)*

➤ Conseils :

- Ne pas stipuler de clauses d'application unilatérale ou arbitraire qui soumettent le cocontractant à des obligations excessives et disproportionnées.
- Eviter de s'octroyer des avantages non nécessaires.
- Dans les contrats internationaux, soumettre les relations à une juridiction ou un arbitre étranger et à une loi étrangère. Cela permet généralement d'exclure l'application de l'article L. 442-6.

2. Les clauses déséquilibrées dans les contrats d'adhésion depuis la réforme du droit des contrats

- La réforme du droit des contrats a introduit une nouveauté : la sanction des **clauses abusives** par le droit commun des contrats, dans les **contrats d'adhésion**.

Art. 1171 nouveau du Code civil : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable déterminée à l'avance par l'une des parties qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

Art. 1110 nouveau du code civil : le contrat d'adhésion s'entend de celui qui « comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » :

- Non négociabilité
- Détermination unilatérale
- Ne s'applique pas si seulement quelques clauses éparses ont été soustraites à la négociation

Crainte initiale qu'une clause déséquilibrée puisse être caractérisée à la fois par le biais de l'article L.442-1, I, 2° et sur le fondement de l'article 1171 du code civil, désormais écarté par la Cour de cassation.

3. Une disposition plus facile à mettre en œuvre pour contester les clauses ou pratiques contractuelles: l'avantage sans contrepartie ou manifestation disproportionnée ?

Art. L. 442-1, I, 1° : obtenir ou tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie

- ✓ Résistance de la jurisprudence des juges du fond au contrôle des prix sur le fondement de cette disposition (cf. CA Paris, 4 nov. 2020, n° 19/09129; CA Paris 18 nov. 2020, n° 19/12813 ; et TC Paris, 11 mai 2021, RG n° 2018014864)
- ✓ Mais jurisprudence récente de la Cour de cassation autorisant le contrôle du prix sur le fondement de l'article L.442-1, I, 1° (Com., 11 janvier 2023)

➤ Conseils

- Si possible, prévoir dans le préambule du contrat une disposition précisant qu'une véritable négociation s'est déroulée entre les parties : rappeler l'historique des négociations et indiquer que les clauses du contrat ont fait l'objet d'une négociation et été librement acceptées en considération des obligations réciproques souscrites par chacune des parties dans l'ensemble du contrat.
- Conserver les preuves des négociations.

- Revoir la façon de négocier et d'écrire les contrats.
- Renforcer la définition de l'objet principal du contrat plutôt que de stipuler des clauses limitatives de responsabilité ou d'usage.
- Identifier les clauses susceptibles de créer un déséquilibre significatif et les bilatéraliser lorsque cela est possible (clauses de réciprocité) ou les motiver.
- Justifier les droits unilatéraux afin de démontrer qu'ils sont objectivement et absolument nécessaires et justifiés ; décrire les avantages et contreparties accordés au cocontractant qui pourraient être mis en avant pour compenser des droits unilatéraux.
- Rappeler les contreparties des avantages obtenus.
- Mise en œuvre des clauses octroyant un pouvoir unilatéral avec délicatesse.

E. LA BONNE FOI DANS L'EXECUTION DU CONTRAT

- Recours fréquent à une notion extensive de bonne foi dans l'exécution du contrat pour fonder une demande d'indemnité

Limites de la bonne foi

- Cass. 1^{ère} civ., 26 mars 2013, n° 12-14870 : *« si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties. »*
- L'exigence d'exécution de bonne foi d'une obligation ou d'une créance ne saurait transformer l'obligation, sa substance, son objet et pire, l'annihiler.
- Cass. Com., 10 juillet 2007, *Discothèque Les Maréchaux* n° 06-14.768 ; Cass. Com., 6 juin 2001, *Défi Services / Bolloré*, n° 98-12.038.

- Com., 19 juin 2019, n° 17-29000:
 - Une cour d'appel avait condamné un concédant pour avoir refusé d'accorder des facilités de paiement à son cocontractant « *alors que celui-ci était au bord de l'asphyxie et tentait de redresser son activité* », ce qui était, selon la Cour d'appel, constitutif d'un manquement à « *l'obligation de bonne foi contractuelle et aux obligations de loyauté et de collaboration qui en découlent* ».
 - Cassation parce: « *qu'en statuant ainsi, alors que l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».
- Arrêt plus récent en ce sens: Com., 9 mars 2022, n° 19-18.934

- En revanche, le fournisseur, qui, alerté des ventes actives d'un membre du réseau sur le territoire de l'un de ses distributeurs exclusifs, ne lui enjoint pas de mettre un terme à ce comportement, au besoin en le menaçant de rupture, manque à la bonne foi contractuelle (Lyon, 1^è ch. civ. B, 12 nov. 2019, n° 17-00952, Point S France / Oriol).

F. LES VENTES PAR INTERNET

1. Le principe: le droit des distributeurs de vendre par internet
2. L'encadrement des ventes par internet
3. Les limites à l'encadrement des ventes par internet
4. La distribution par internet par le fournisseur

1. Le principe : il est interdit d'interdire les ventes par internet des distributeurs

- Il n'est pas possible d'interdire aux membres du réseau de vendre par Internet, car une telle interdiction constitue une **restriction caractérisée au sens du droit de la concurrence**, à défaut de justification objective (arrêt de la CJUE du 13 octobre 2011, Pierre Fabre, C-439/09).

- Confirmation par l'ADLC et les juridictions françaises :
 - Avis de l'ADLC de 2012 relatif au commerce électronique :
 - Orientation claire en faveur du développement du commerce électronique.
 - Décision de l'ADLC du 19 décembre 2023 « ROLEX » : (amende de 91,6 M€ pour restriction aux ventes en ligne par les distributeurs)

- Interdiction des interdictions directes ou des restrictions indirectes
 - L'interdiction de vente de cycles sur internet excède les impératifs liés à la préservation de la sécurité des utilisateurs et de la haute technicité de ces produits, dès lors que la réglementation en vigueur à la date des faits n'exigeait ni un montage en présence de l'acheteur, ni une remise en magasin
ADLC, déc. n° 19-D-14 du 1^{er} juillet 2019, distribution des cycles haut de gamme
 - L'exigence d'une mise en main des matériels doit être assimilée à une interdiction de vente en ligne lorsqu'elle est comprise comme telle par les revendeurs et a entraîné des rappels à l'ordre par le fournisseur.
Paris, 5-7, 17 octobre 2019, n° 18-24456, Stihl, approuvant ADLC, n° 18-D-23 du 24 octobre 2018

- Deux décisions récentes de l'ADLC :

- N° 23-D-13 du 19 décembre 2023

ROLEX a été condamné à une amende de 91.600.000 € pour avoir interdit à ses distributeurs agréés de vendre en ligne ses montres, invoquant le risque d'atteinte à l'image et de contrefaçon. L'interdiction de vente en ligne a été jugée excessive et disproportionnée au but poursuivi.

- N° 23-D-12 du 12 décembre 2023

Condamnation de MARIAGE FRERES à 4.000.000 € d'amende pour interdiction de vente en ligne imposée aux distributeurs

2. Il est permis d'encadrer de façon proportionnée et justifiée la vente par internet

- Le fournisseur ne peut pas interdire la revente par internet.
- Mais il peut imposer des exigences en ce qui concerne la manière dont les biens ou services contractuels peuvent être vendus (point 207 des Lignes Directrices)

- Le fournisseur conserve cependant la possibilité d'encadrer la revente des produits sur Internet → mesures d'encadrement :
 - ❑ Imposition d'exigences de qualité pour le site Internet (pt 207 et 208 LD);
 - ❑ Exigences relatives à la manière dont les biens ou services contractuels peuvent être vendus en ligne;
 - ❑ Restrictions liées à l'utilisation de canaux de vente spécifiques, tels que les places de marché en ligne;
 - ❑ Exigence d'exploitation d'un ou plusieurs points de vente physiques (possibilité d'interdire les *pure players*) ;
 - ❑ D'obliger l'acheteur à vendre en ligne un montant minimum absolu de biens ou services contractuels (en valeur ou en volume mais pas en pourcentage de ses ventes totales) hors ligne pour éviter le contournement via les points de vente « Potemkine »
 - ❑ CA minimum à réaliser dans les points de ventes physiques ; etc.

- Exigence d'un magasin physique = critère qualitatif (sous conditions)
 - Paris, 5-4, 5 juin 2019, Concurrence / Samsung, n° 17/11700 : l'exigence d'un magasin physique pour les revendeurs désireux de vendre en ligne n'apparaît pas disproportionnée lorsque la nature des produits, qui mettent en œuvre des technologies innovantes, requiert une présentation complète et un échange global avec le consommateur.

3. Il est interdit de restreindre abusivement les ventes par internet

- *Le fournisseur ne peut pas :*
 - ❑ Obliger son distributeur à empêcher les clients situés sur un autre territoire de consulter son site internet ou sa boutique en ligne ou l'obliger à les rediriger vers les boutiques en ligne du fabricant/d'autres distributeurs.

- Obliger le distributeur à mettre fin aux transactions en ligne des consommateurs lorsque les données de leur carte de crédit indiquent une adresse qui n'est pas sur le territoire du distributeur.
- Limiter la part des ventes du distributeur réalisées par internet.
- Exiger que l'acheteur vende les biens ou services contractuels uniquement dans un espace physique ou en la présence d'un personnel spécialisé.
- Exiger que l'acheteur demande l'autorisation du fournisseur avant d'effectuer les transactions individuelles de vente en ligne.
- Interdire à l'acheteur d'utiliser les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sur son site internet ou dans sa boutique en ligne.
- Interdire à l'acheteur de créer ou d'exploiter une ou plusieurs boutiques en ligne.
- Interdire à l'acheteur d'utiliser entièrement un canal de publicité en ligne, etc.

Deux assouplissements opérés par les nouvelles lignes directrices verticales:

- Abandon de l'équivalence stricte des conditions de vente par internet par rapport aux ventes physiques (v. pt. 224 des LD)
- Admission des prix duals entre ventes par internet et ventes en magasins physiques (v. pt. 209 des LD)

➤ La possibilité de restreindre les ventes sur les places de marché est confirmée par les LD

☐ v. pt. 208. des LD

➤ v. arrêt **Coty** de la CJUE, 26-7-2017, aff. 230/16

✓ **confirmation** de la position de la **Commission** (Rapport COM 2017 229 final du 10-5-2017, sect. 4.4), de **l'Adlc** (aff. Stihl du 24-10-2018, n° 18-D-23) et de la **JP française** (CA Paris 13-7-2018, n° 17/20787) d'après laquelle *la faculté d'interdire ou de restreindre les ventes des produits sélectifs sur les places de marché n'est pas limitée aux produits de luxe*

✓ **infirmation** de la position de **l'Autorité allemande de la concurrence** (BKA) selon laquelle *l'interdiction des ventes sur les places de marché n'est possible que pour les produits de luxe* (analyse erronée de l'arrêt Coty)

4. La distribution par internet par le fournisseur

- Le fournisseur peut vendre ses produits directement par internet :
 - Affaire *Flora Partner*, la Cour de cassation considère que « *le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* » (Cass, 14 mars 2006, n° 03-14.639).
 - Cette solution, rendue dans le cadre d'un accord de franchise, est également applicable à la distribution exclusive et à la distribution sélective.

- Dans tous les cas, dès lors que le fournisseur est en droit de vendre des produits dans une zone quelconque du territoire français ou européen, la vente passive à partir d'un site internet ne devrait pas pouvoir lui être reprochée.
- Attention néanmoins à ne pas soumettre ses distributeurs à des obligations déséquilibrées ou d'obtenir des avantages sans contrepartie proportionnée.

- Jurisprudence récente:
 - Les ventes réalisées sur le site internet du concédant ne caractérisent pas un acte de concurrence déloyale dès lors qu'il n'est pas établi que celui-ci pratique des prix plus avantageux, susceptibles de détourner la clientèle des magasins physiques
Paris, 5-4, 3 avril 2019, n° 17-12787: Bourgoin Spirit / Esprit de Corp France

- Paris, 5-4, 22 mai 2019, n° 17-05279, Déco Club / Carré blanc:
 - Pas de détournement du fichier clients du franchisé pour détourner la clientèle vers le site internet du franchiseur si le CA réalisé par ce canal ne représente qu'1% des ventes réalisées par les magasins du franchisé;
 - L'obligation faite aux franchisés de gérer certains aspects des ventes internet du franchiseur ne traduit pas de déséquilibre ou d'obligations disproportionnées dès lors qu'elle entraîne la visite de clients dans les magasins.

G. LES PROBLEMATIQUES DE LA DISTRIBUTION DUALE

- Définition : la distribution duale consiste pour un fournisseur à vendre ses produits ou services à la fois à des distributeurs et directement aux clients finals, par ses propres magasins, ses filiales ou son site internet.

- Avant le règlement 2022/720, forme de distribution traditionnellement exemptée par catégorie si
 - **accord vertical non réciproque entre entreprises concurrentes**
 - **fournisseur est un producteur et un distributeur de biens**
 - **acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique**
 - ✓ La même règle s'appliquait **en matière de services** (v. Règl. 330/2010, art. 2, 4)

Le nouveau règlement 2022/720 encadre le principe traditionnel d'exemption de la distribution duale

- La distribution duale est exemptée jusqu'à 30% de PDM.
- Extension de l'exemption aux **importateurs** et aux **grossistes** (v. règl., pt 94), solution qui doit être approuvée.
- Les échanges d'informations entre les parties bénéficient de l'exemption, ils doivent être à la fois directement lié à la mise en œuvre de l'accord vertical et contractuels, nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services.
- LD établissent une liste blanche et noires des informations qui remplissent ou non a priori ces conditions (v. règl., pt 99).

- Exclusion générale de l'exemption :
 - **Si un fournisseur de services d'intermédiation en ligne** qui vend également des biens ou services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne **conclut un accord vertical non réciproque avec lesdites entreprises** (v. Règl., pt 93)

H. LA REVENTE HORS RESEAU

1. La revente hors du réseau sélectif
2. La revente hors du réseau exclusif

1. La revente hors du réseau sélectif

- Principe de licéité de la commercialisation hors réseau en droit commun .
- Problématique propre à la **distribution sélective** → problématique du passager clandestin : celui qui vend des produits vendus par le biais d'un réseau de distribution sélective sans être membre de ce réseau.

- Le revendeur hors réseau ne peut pas s'approvisionner auprès d'un revendeur agréé en violation de ses obligations contractuelles (**tierce complicité**).
- Preuve : lorsqu'il est interrogé, le distributeur parallèle doit révéler ses sources ; à défaut, il est présumé être de mauvaise foi.
- Moyen d'action en droit français : l'article 1240 du Code civil et l'article L. 442-2 (ancien article L. 442-6, I, 6) du Code de commerce.

- **Difficultés de mise en œuvre au stade de la preuve:**
 - Preuve de la revente hors réseau: difficultés croissantes d'obtention d'ordonnances non contradictoires
 - Difficultés d'identification du revendeur: changement de structure, agissements sous couvert de structures différentes
 - Achat auprès d'un autre revendeur hors réseau

- **Difficultés de mise en œuvre au stade de l'action:**

- Charge de la preuve de l'existence et de la licéité du réseau de distribution sélective (existence d'un échantillon significatif de contrats signés, production des critères de sélection et pas seulement du contrat type vierge)
- Étanchéité juridique du réseau (l'étanchéité de fait n'est pas une condition en droit français)
- Préjudice

- **Jurisprudence récente:**

- Paris, 5-4, 23 janvier 2019, n° 17-00035: E Nova / LVMH, Tag Heuer: la commercialisation de montres de luxe sur un site internet avec des promotions et dans des emballages dégradés, porte atteinte à l'image de marque des produits.
- Paris, 1-3, 20 février 2019, n° 18-27907, PSA et Automobiles Citroën / MA Pièces Autos Bretagne: la revente, par un distributeur agréé de pièces de rechange, des produits contractuels à un tiers hors réseau qui ne les utilise pas pour réparer des véhicules mais pour les commercialiser en masse sur internet, justifie la résiliation immédiate du contrat (approuvé par Cass. com., 4 déc. 2019).
- Paris, 5-4, 29 janvier 2020, n° 17-19255, Motoworld / Kawasaki et PC Moto: le tiers au réseau qui ne justifie pas de l'origine régulière des biens vendus participe à la violation d'une interdiction de revente hors réseau et engage sa responsabilité au titre de l'article L. 442-2 du Code de commerce.
- Paris, 5-4, 9 novembre 2022, n° 21/00180, HUSQVARNA / Brico Privé: condamnation du revendeur hors réseau à 500.000 euros de dommages et intérêts.

2. La revente hors du réseau exclusif

- Principe de **licéité** → une jurisprudence bien établie considère que la revente hors réseau de produits couverts par des droits de distribution exclusive ne constitue pas une faute en soi.
- Les **ventes parallèles sont licites** (dans la limite d'un comportement illicite additionnel des revendeurs hors réseau).

I. LES RESTRICTIONS AUX VENTES HORS ZONE DE CHALANDISE

1. En distribution exclusive
2. En distribution sélective

1. En distribution exclusive

- Le système de distribution exclusive repose généralement sur une exclusivité territoriale.
 - Le fournisseur peut à ce titre interdire les ventes actives hors de la zone de chalandise attribuée (mais uniquement vers des zones attribuées à d'autres à titre exclusif)
 - Le fournisseur ne peut pas interdire les ventes passives hors de la zone de chalandise.

2. En distribution sélective

- Le fournisseur ne peut pas interdire les ventes actives, ni les ventes passives, seulement imposer le lieu d'établissement.
 - Le fournisseur ne peut pas interdire les ventes par internet à ses distributeurs, directement ou indirectement.

J. LES SPÉCIFICITÉS DE LA DISTRIBUTION DANS LES DROM-COM

- Art. L.420-2-1 Code de commerce : « *Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises.*
- *Est également prohibé dans les collectivités mentionnées au premier alinéa du présent article le fait, pour une entreprise exerçant une activité de grossiste importateur ou de commerce de détail ou pour un groupe d'entreprises dont au moins une des entités exerce une de ces activités, d'appliquer à l'encontre d'une entreprise dont elle ne détient aucune part du capital des conditions discriminatoires relatives à des produits ou services pour lesquels existe une situation d'exclusivité d'importation de fait. »*
- Art. L.420-3 Code de commerce : « *Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1, L.420-2, L.420-2-1 et L.420-2-2. »*

Application par l'Adlc (10 décisions depuis l'entrée en vigueur de la loi Lurel) :

- Décision n° 23-D-02 du 8 mars 2023
- Décision n° 21-D-23 du 7 octobre 2021
- Décision n° 20-D-16 du 29 octobre 2020, confirmée par Paris, 9 juin 2022
- Décision n° 19-D-20 du 8 octobre 2019
- Décision n° 19-D-11 du 29 mai 2019
- Décision n° 18-D-21 du 8 octobre 2018, confirmée par Paris, 20 février 2020 (réduction de l'amende à 200.000 €), approuvé par Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-14000
- Décision n° 18-D-03 du 20 février 2018
- Décision n° 17-D-14 du 27 juillet 2017
- Décision n° 16-D-15 du 6 juillet 2016
- Décision n° 15-D-14 du 10 septembre 2015

+ 6 décisions de l'ACNC

Problématiques posées par l'interdiction des exclusivités d'importation:

- Inconvénients et effets pervers du point de vue économique et commercial:
 - Coûts de transaction
 - Désincitation à investir
 - Précarisation des relations et insécurité juridique

- **Contrariété potentielle avec le droit européen :**
 - Contra : Paris, 9 juin 2022, n° 20/16288 mais solution très discutable.
 - Tentative d'application de l'interdiction des exclusivités d'importation aux contrats de distribution sélective, qualitative et quantitative à un distributeur par DOM.

K. EVITER LES RESTRICTIONS HORIZONTALES ENTRE LES MEMBRES DU RESEAU

- Le fait pour des distributeurs d'appartenir au même réseau n'exclut pas l'application du droit de la concurrence.
- Des échanges d'informations sensibles entre membres d'un même réseau de distribution peuvent donc être sanctionnés sur le fondement d'une entente horizontale.

➤ Conseil :

Eviter d'organiser ou de faciliter des échanges d'informations entre les distributeurs du réseau.

L. EVITER LES PRIMES FIDELISANTES ET AUTRES ABUS EN CAS DE DETENTION D'UNE POSITION DOMINANTE

III. LA SORTIE DU RESEAU ET LA FIN DU CONTRAT DE DISTRIBUTION

- A. L'arrêt total de la distribution

- B. La fin du contrat

A. L'ARRET TOTAL DE LA DISTRIBUTION

1. Exemples de marques sorties du marché européen
2. Les précautions à prendre

1. Exemple de marques sorties du marché européen

- Sortie de certaines marques américaines du marché européen :
 - Annonce de l'arrêt de la distribution avec deux ans de préavis ;
 - Maintien de l'activité de service d'après-vente ;
 - Contentieux du fait de concessionnaires mécontents.

2. Les précautions à prendre

- Le droit français est **très protecteur des distributeurs**, des précautions sont donc nécessaires avant l'arrêt de la distribution sur le marché français.
- Il est indispensable d'accorder un **préavis suffisant** conforme à la fois au préavis contractuel et au préavis légal de rupture de relations commerciales établies (avec aujourd'hui une exonération de responsabilité de l'article L. 442-1, II du code de commerce en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois depuis l'ordonnance Egalim du 24 avril 2019).

- Il faut **respecter scrupuleusement le contrat** pendant toute la durée du préavis.
- Malgré le respect des précautions, des contentieux risquent d'émerger.
- La jurisprudence a tendance à imposer au fournisseur une obligation de conserver un stock suffisant pendant le préavis permettant de conserver des délais de livraison identiques à ceux observés avant le préavis.

B. LA FIN DU CONTRAT

1. La multiplication des contentieux
2. La résiliation ordinaire avec préavis et sans motif
3. La résiliation extraordinaire pour faute sans préavis
4. Obligation d'assistance à la reconversion ?
5. Faculté d'opposition à la cession du contrat ou de l'entreprise ?
6. Le paiement d'une indemnité
7. Les conséquences en droit social
8. Le droit de la faillite
9. La reprise des stocks
10. Les clauses de non-concurrence post-contractuelles

1. La multiplication des contentieux en fin de contrat

a) Un révélateur de contentieux enfouis

- La fin du contrat n'est pas seulement contestée en elle-même:
 - Résiliation abusive (abus dans la rupture)
 - Résiliation brutale (brutalité de la rupture)
 - Résiliation illégale (illégalité de la rupture)

➤ Mais donne lieu à des contestations sur la naissance des relations et leur exécution

- Actions en nullité (restitutions)
- Contestations de tous ordres : primes d'objectifs, garanties non réglées, remise en cause des RRR, contestation du prix et des hausses de prix, etc., renforcées par l'extension de la soumission à un déséquilibre significatif et l'obtention d'un avantage sans contrepartie proportionnée
- Contestation des conditions de cession du fonds de commerce ou de l'entreprise
- Demandes de réintégration au sein du réseau

b) La prescription

- Prescription de 5 ans au lieu de 10 ans depuis 2008
- Des contentieux de plus en plus nombreux mettant en jeu des questions de prescription
- Tendance des distributeurs à vouloir reculer le point de départ de la prescription à la date de connaissance de l'étendue exacte du préjudice (exemple : en cas de pertes de l'exercice n, connaissance alléguée lors de la publication du bilan et du compte de résultats en n+1)
- Texte: article 2224 du code civil :
Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

✓ Com. 11 déc. 2019, Reverdy c. FCA

- Distributeur qui invoque un manquement à des informations précontractuelles et prétend que son dommage ne s'est révélé que lorsqu'il a décidé, de ce fait, de résilier le contrat
=> le dommage ne se serait révélé de manière certaine qu'à l'occasion de la résiliation.
- Cour de cassation : la date à retenir est celle où le distributeur a eu connaissance des faits dommageables et était en mesure d'exercer une action
- Date retenue = *a minima* celle d'une réunion où les griefs du distributeur ont été exposés.

- Prescription de l'erreur sur la rentabilité d'un concept de franchise:
À compter de la clôture du 1^{er} exercice comptable du franchisé, soit le 31 mars de l'année n+1, le franchisé ne pouvant avoir connaissance de cette erreur que lorsqu'il dispose d'éléments comptables certains lui permettant d'apprécier la rentabilité (Colmar, 1^è ch. Civ. A, 10 avril 2019, n° 16-00031).
- Prescription de l'action en nullité fondée sur le défaut de remise du DIP ou d'une étude du marché local: à compter de la conclusion du contrat de concession, date à laquelle ces manquements étaient connus du concessionnaire (Paris, 5-4, 3 avril 2019, n° 17-12787).

✓ Paris, 5-4, 22 janvier 2020, OUSTRIC c. BMW France, n° 18/14922

- Ancien distributeur se plaignant de pertes imputées au concédant, les pertes de l'année n'ayant pu être connues que lors de l'arrêté des comptes en novembre de l'année n+1: la cour considère que les pertes étaient connues dès le 6 octobre de l'année n car elles avaient conduit le concessionnaire à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et avaient déjà été imputées au concédant dans un courrier du 21 octobre de l'année n: la question du chiffrage du préjudice est indifférente quant à l'appréciation du caractère prescrit ou non de l'action.
- Moins-values de cession du fonds de commerce: connues dès la signature du compromis de cession du fonds et non de l'acte définitif de cession.

2. La résiliation ordinaire avec préavis et sans motif

- En droit français, il est possible de mettre fin à un contrat de distribution (achat-revente) sans motif, sous réserve de respecter un préavis suffisant
- Absence de motivation : sauf si le contrat le prévoit
- En cas de motif erroné, absence de responsabilité en principe dès lors que le motif n'est pas nécessaire

- Deux risques :
 - Responsabilité contractuelle
 - Non-respect du préavis contractuel
 - Non-respect des clauses contractuelles
 - Responsabilité délictuelle (art. L. 442-1, II, anciennement art. L. 442-6, I, 5° en droit interne)

- Peut-on invoquer les deux régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle de façon cumulative ?

➤ Un cumul des régimes de responsabilité désormais envisageable dans certaines hypothèses

- C. Cass., com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672 : « Qu'en statuant ainsi, alors que ce **principe [de non cumul] interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir**, contre le débiteur de cette obligation, **des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte**, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé les textes susvisés »
- C. Cass., com., 4 décembre 2019, n° 17/20.032: Un demandeur ne peut cumuler des demandes non distinctes fondées sur la responsabilité contractuelle et la rupture de relations commerciales établies.

➤ Un cumul des régimes de responsabilité désormais envisageable dans certaines hypothèses

- CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 16 septembre 2020, n° 18/21903 : « le **principe de non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle interdit d'invoquer de manière concomitante pour des faits et un préjudice identiques la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle** [fondé sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce] **d'une même personne** »
- CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728 : Un prestataire ne viole pas le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, lorsqu'il demande à être indemnisé de l'insuffisance de préavis au titre de la rupture brutale et sollicite le remboursement d'investissements qu'il a dû réaliser en raison de variations inopinées du volume de commande de son client.

- **Le juge, en l'absence de présentation d'une demande distincte et d'un fondement spécifique propre à chacune des prétentions des parties, est-il tenu de rattacher chaque préjudice au bon régime de responsabilité ?**
- Cass. com., 25 septembre 2019, n° 18-11112 :
- Lorsque le juge est saisi d'une action en réparation fondée à la fois sur une rupture intempestive d'une relation commerciale établie et sur les textes relatifs à l'action en responsabilité contractuelle, **les juges du fond sont tenus** en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile **de rechercher le fondement juridique applicable aux demandes, lesquelles peuvent viser la réparation de préjudices distincts.**

- Pour autant, Cass. Com., 4 décembre 2019, n° 17-20.032 : La Cour de cassation semble revenir sur cette approche en **approuvant les juges d'appel ayant déclaré irrecevable une action en réparation de la rupture d'une relation commerciale formée par plusieurs demandeurs et fondée indistinctement sur la responsabilité contractuelle et délictuelle.**
- L'incertitude demeure, la Cour d'appel de Paris semble néanmoins appliquer la jurisprudence Com., 25 septembre 2019 et considère que **le juge en application de l'article 12 du Code de procédure civile, doit donner aux faits qui lui sont soumis la qualification juridique qu'ils méritent** (CA Paris, 11 mars 2020, n° 18/18746).

Le plus souvent, le distributeur résilié préférera se fonder sur le régime des relations commerciales établies, plus avantageux en terme de préavis et en cas de non-respect d'un préavis effectif suffisant, invoquera la « rupture brutale des relations commerciales établies » (art. L. 442-1, II, ancien art. L. 442-6, I, 5° C. Com).

Article L. 442-1, II du Code de commerce :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. »

Origine du texte

- Jurisprudence ancienne sur l'abus du droit de rompre un contrat sans préavis
- Interdiction légale élargie introduite en droit français par la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996, dite loi Galland - volonté de protection des fournisseurs de la grande distribution, mais texte général
- Paradoxalement, les fournisseurs de la grande distribution ne sont guère protégés par le texte (précarisation fréquente à cause des appels d'offres)

Fonctionnement

- Nécessité de notifier la rupture par écrit et de respecter un délai de préavis raisonnable dans le cadre de relations commerciales établies
- Préavis raisonnable : Tendence baissière de la durée des préavis admis avec aujourd'hui en moyenne 0,8 mois de préavis par année de relation accordé par les juges (avec une certaine dégressivité liée à la durée de la relation)
- Une disposition susceptible de s'appliquer à l'ensemble des relations commerciales

- Relations avec la grande distribution, contrats avec des distributeurs exclusifs ou sélectifs, relations amonts des fournisseurs avec leurs propres fournisseurs ;
- Tous secteurs, matériels, mécanique, produits électroniques, véhicules, matériels agricoles, pièces automobiles, biens de consommation, fournitures de bureau, etc.

- Une disposition applicable aux relations commerciales établies, à l'exclusion des relations précaires.
- Préavis maximum généralement observé en jurisprudence avant l'ordonnance Egalim du 24 avril 2019 : 24 mois, mais des demandes allant jusqu'à 36 mois ont été présentées dans certains cas et parfois admises par le passé.

- CA Paris, 16 octobre 2008, 05/10213 : admission d'un préavis de 36 mois
- ✓ Ancienneté de la relation : 50 ans
- ✓ Possibilités limitées de se reconverter dans la distribution de marques de matériels agricoles

- Cass. com., 4 octobre 2016, Saint-Gobain / Meyrieux, n° 15-14.025 : préavis de 36 mois
- ✓ Invocation par Meyrieux de relations depuis la fin de la première guerre mondiale, reconnaissance par la CA de relations commerciales avec des sociétés absorbées par Saint-Gobain, depuis les années 40
 - ✓ Dépendance économique non délibérée car duopole Owen-Illinois / Saint-Gobain

- Importante réforme opérée par l'ordonnance Egalim du 24 avril 2019:
« En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois ».
- Il ne s'agit pas d'un plafond si l'on s'en tient strictement au texte.
- Deux interprétations en doctrine:
 - Faculté pour le juge d'ordonner un préavis supérieur à 18 mois en l'absence de préavis écrit ou en cas de préavis inférieur à 18 mois;
 - Préavis obligatoire maximum de 18 mois s'imposant au juge (thèse de M. Behar-Touchais).

- Nombreux courants de jurisprudence contraires
- Toute entreprise se trouve dans une situation biface, pouvant être tour à tour auteur d'une rupture ou victime d'une rupture de relations commerciales

Les principales questions pouvant se poser en matière de rupture des relations commerciales dans le cadre des contrats de distribution :

I. NOTION DE RELATION COMMERCIALE ETABLIE :

➤ La notion de relation commerciale entrant dans le champ d'application du texte

Cette condition sera généralement remplie en matière de contrats de distribution.

Exception des agents commerciaux car la loi leur a prévu un préavis légal minimum (Cass. Com., 3 avril 2012, n° 11-13.527 ; Paris, 5 février 2015, n° 13/11944 ; Cass. Com., 18 octobre 2017, y compris pour l'activité de distribution accessoire).

- **Le piège de la succession des contrats à durée déterminée**
- **Le recours aux appels d'offres**
- **La reprise des engagements d'une société par une autre**

La reprise des engagements d'une entreprise par une autre

- **En cas de rachat d'une société par une autre** qui en reprend les obligations, voire de simple achat d'un fonds de commerce :
 - Jurisprudence classique avec prise en compte de la totalité de la durée des relations (Cass. com., 2 novembre 2011, Mr Bricolage, n° 10-25.323)
 - Clarification récente sur la succession de partenaires économiques dans le cas d'une cession de fonds de commerce dans le sens d'une absence de poursuite de la relation en l'absence d'intention expresse.

- ✓ La cession du fonds de commerce « *n'a pas de plein droit substitué le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales que cette société entretenait avec la société Vivien* » (Cass, com., 15 sept. 2015 n° 14-17.964).
- ✓ « *Une relation commerciale établie avec un donneur d'ordre peut se poursuivre avec un autre partenaire dès lors que les parties ont manifesté leur intention de se situer dans la continuation de la relation antérieure* » (CA Paris, 17 sept. 2015, n° 13/24537)

- ✓ La cession du fonds de commerce « *n'a pas de plein droit substitué le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales que cette société entretenait avec la société Vivien* » (Cass, com., 15 sept. 2015 n° 14-17.964).
- ✓ La seule acquisition d'un fonds de commerce ne permet pas au cessionnaire de se prévaloir de la durée de la relation commerciale initialement nouée entre le cédant et son partenaire (Cass. com., 3 mai 2016)

- ✓ La mise en location-gérance d'un fonds de commerce rompt la continuité de la relation entre le loueur, qui avait préalablement la qualité de distributeur, et le fournisseur (CA Paris, 13 mai 2016)
- ✓ La seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des **éléments démontrant que telle était la commune intention des parties**" (Cass. Com, 19 octobre 2022, n° 21-17.653)

- Ainsi, la rédaction des actes de fonds de commerce et les échanges écrits entre les parties sont déterminants pour la détermination de l'ancienneté de la relation commerciale nouée par le cédant avec un partenaire commercial.

➤ Identité de l'auteur de la rupture :

Dans le cadre de réseaux de distribution constitués de distributeurs indépendants, le principe d'indépendance des personnes morales implique que l'auteur de la rupture soit en relation directe avec la victime.

La Cour de cassation a néanmoins admis, qu'en l'absence d'autonomie de décision des distributeurs indépendants dans le choix de leurs fournisseurs et dans le choix de la rupture de leur relation avec l'un d'eux, la responsabilité de la rupture puisse-être imputée à la société tête de réseau (Cass. Com., 22 juin 2022 n° 21-14.230)

II. NOTION DE RUPTURE

- **Admission de la rupture seulement partielle**

- Notion : dès lors que les commandes n'atteignent pas leur niveau initial
- Exception : quand la réduction du volume des commandes n'est pas délibérée mais résulte de la diminution de ses propres commandes pour l'auteur (exception de crise économique) (voir par exemple, CA Paris, 14 janvier 2016, n° 14/16799)

- **Assimilation de la modification unilatérale des conditions contractuelles à une rupture**
- Exigence récente de la jurisprudence d'une passation de commandes par le distributeur qui se prétend victime d'une rupture de relations commerciales de son fournisseur (Paris, 22 mars 2017, 23 mars 2017).

III. BRUTALITE DE LA RUPTURE

- Absence de préavis notifié par écrit (Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-18.228: « *la Cour d'appel a exactement déduit que la notification du recours à un appel d'offres par courrier électronique valait notification de la rupture de la relation commerciale et constituait le point de départ du préavis* ») et d'une durée suffisante.

« L'annonce du recours à un appel d'offres caractérise une volonté de rupture, même s'il est proposé à la société JD Services d'y participer, en ce qu'une date de fin des relations commerciales, quelle que soit l'issue de l'appel d'offres est notifiée par la société Brico Dépôt à la société JD Services ». (Paris, 31 Juillet 2019 – n° 16/11545)

- Imprévisibilité, soudaineté, et violence de la rupture
- Absence de nécessité de motiver la rupture

- **Éléments indifférents pour la détermination de la durée du préavis suffisant :**
 - Le préavis contractuel doit être suffisant par rapport au préavis légal, sinon c'est le préavis légal qui s'applique

- **L'effet utile du préavis doit permettre au contractant de disposer du temps nécessaire pour réorganiser son activité et sa reconversion en prévision de la future rupture de la relation commerciale.**

Cass com., 10 novembre 2021, n° 20-13.385 :

*« tenant compte de sa **durée**, du **volume d'affaires réalisé** et de la **notoriété du client**, du **secteur concerné** comme du caractère saisonnier du produit, du **temps nécessaire pour retrouver un autre partenaire**, en respectant, conformément à la loi, la durée minimale de préavis déterminée en référence aux **usages** du commerce, et de **l'état de dépendance économique du fournisseur** ».*

- Ainsi, sauf circonstances particulières (notamment faute grave postérieure au préavis), **le préavis doit être exécuté conformément aux dispositions contractuelles**. Par exemple, un concédant ne peut pas retirer l'exclusivité territoriale à son concessionnaire durant l'exécution de la période de préavis (*Cass. com. 10 février 2015, n° 13-26414*).

- Reconnaissance exceptionnelle par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation que le contrat de distribution peut prévoir qu'il sera modifié pendant le préavis:
 - Paris, 5-10, 9 novembre 2016
 - Paris, 5-4, 13 janvier 2016

- Cass. Com., 11 mai 2017, n° 16-13.464 : « qu’ayant constaté que la société AGCO avait exprimé, lors de la notification de la rupture, sa volonté de faire application de l’article 10, alinéa 2, du contrat, afin de permettre aux parties de réorganiser leurs affaires avant la rupture, l’arrêt retient, par motifs adoptés, que cette disposition permet, d’un côté, au concédant de vendre ses produits par l’intermédiaire d’autres revendeurs et, de l’autre, au concessionnaire, de rompre le plus tôt possible l’interdiction de vendre d’autres marques et de se limiter à un territoire donné, afin de faciliter sa reconversion commerciale ».

- « et, par motifs propres, que cette clause, qui prévoit un abandon réciproque et concomitant, par les parties, de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce ».

Quelles sont les sanctions de la rupture brutale de relations commerciales établies ?

i. Les actions ouvertes à la victime de rupture brutale

- ✓ Assignation en référé sous astreinte pour obtenir la continuation de la relation
- ✓ Assignation au fond pour se voir allouer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par la victime de la rupture

- **Le fait générateur** de la responsabilité correspond à la rupture brutale de la relation. Il reste donc à démontrer la réalité du dommage subi ainsi que le lien de causalité.
 - **Limitation de l'objet de la responsabilité** (*Cass. com., 10 févr. 2015 n^o 13-26.414*)

Récemment, la jurisprudence est venue rappeler que **le dommage réparable est seulement celui entraîné par la brutalité de la rupture**, et non par la rupture elle-même. => Le dommage réparé doit être en lien direct avec la soudaineté de la rupture.

En l'espèce, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir démontré « *en quoi l'insuffisance de préavis avait été de nature à engendrer des préjudices* ».

- Prise en compte des seuls préjudices résultant de la brutalité de la rupture (Paris, 5-4, 13 Janvier 2021 – n° 18/27825) et non de la rupture elle-même, donc exclusion en principe :
- des frais de licenciement du personnel,
 - de l'indemnisation de la résiliation des baux commerciaux,
 - des commandes annulées,
 - ou de la baisse de la valeur du fonds de commerce (Paris, 5-5, 26 mai 2016).

- Le fournisseur qui ne démontre pas que les investissements perdus soient en lien direct avec la brutalité de la rupture ou qu'ils aient été faits à la demande de son partenaire, ne peut en exiger l'indemnisation (Paris, 5-5, 2 juin 2016).

- Cassation pour violation de l'article 1382 du Code civil et du principe de la réparation intégrale de l'arrêt qui, condamnant tout à la fois l'auteur de la rupture à payer les commissions jusqu'au terme prévisible du contrat résilié et des dommages-intérêts correspondant à un préavis de six mois en réparation de la rupture brutale de leurs relations commerciales, a indemnisé deux fois le même dommage (Cass. com., 16 février 2016, n° 14-22.914)

- **Montant des dommages-intérêts alloués à la victime :**

Le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture est constitué du gain manqué pendant la période de préavis non respectée :

La jurisprudence applique 2 solutions différentes pour la détermination de ce gain :

La marge brute (prix de revente – prix d'achat) que la victime aurait dû percevoir pendant la durée de préavis non respectée, calculée sur la moyenne des trois derniers exercices clos.

La marge sur coûts variables (chiffres d'affaires non réalisés - charges non supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture)

- Solution critiquable du choix de la marge brute tant sur l'indicateur utilisé (préférer la marge sur coûts évités, déduction faite des coûts n'ayant pas été supportés) que sur la période de référence qui devrait être orientée vers l'avenir
- Division de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris : certaines chambres appliquent la marge sur coûts variables, d'autres la marge brute.

- Indemnisation sur la base de la marge brute
 - Paris, 17 mai 2018
 - Paris, 7 nov. 2019
 - Paris, 5-4, 6 nov. 2019
- Indemnisation sur la base de la marge sur coûts variables
 - Paris, 5-4, 30 oct. 2019
 - Paris, 5-4, 20 jan. 2021

- Un recul de la marge brute au profit de la marge sur coûts variables :

En 2020, la **Cour d'appel de Paris a publié deux notes allant en faveur de la marge sur coûts variables** ("quel concept de marge ?" (Fiche n° 6, avril 2020) et comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ?"(Fiche n° 13, avril 2020).

- Un recul de la marge brute au profit de la marge sur coût variable :

La marge sur coûts variables semble depuis gagner du terrain dans la pratique de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 1er sept. 2021, n° 19-13714 ; CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20-00883 ; CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20-09996 ; CA Paris 26 janv. 2022, n° 20/08372 ; CA Paris, 9 fév. 2022, n° 20/08333 ; CA Paris, 15 juin 2022, n° 20/07458).

- Un recul de la marge brute au profit de la marge sur coût variable :

Toutefois force est de constater que **le recours à la marge brute demeure** (CA Paris, 21 janvier 2022, n° 19/11770 ; CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728 ; CA Paris, 10 février 2022, n° 19/03034 ou encore CA Paris, 30 juin 2022, n° 19/21143).

- Possibilité d'action ouverte aux tiers victimes d'une rupture de relations commerciales établies avec leur cocontractant.

Comp. : Cass. Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19963 : retour à la jurisprudence Boot Shop du 6 octobre 2006 selon laquelle un manquement contractuel peut fonder une action en responsabilité extracontractuelle du tiers.

- Développement d'une jurisprudence spécifique en ce qui concerne l'indemnité de la rupture brutale : **l'indemnité automatique et forfaitaire pour préavis insuffisant à hauteur de la marge indépendamment de tout préjudice**

Exemples : Cour de cassation du 9 juillet 2013 (n° 12-20.468) et du 6 novembre 2012 (n° 11-24.570)

Com., 9 juillet 2013 (n° 12-20.468)

25 juillet 2007 :

le fournisseur adresse une notification de rupture de leurs relations au distributeur avec un préavis de douze mois, conformément aux stipulations contractuelles

1^{er} aout 2008 :

reconversion du distributeur en prenant en location-gérance un fonds de commerce

25 juillet 2008 :

terme du préavis notifié le 25 juillet 2007

Com., 9 juillet 2013 (n° 12-20.468)

Selon l'arrêt de la cour d'appel de Rennes contre lequel le pourvoi était formé :

- Absence de rupture entre la fin de l'activité procédant de la concession litigieuse et la nouvelle activité sociale
- Il n'était « *pas démontré que le changement d'activité [du distributeur] se soit opéré dans des conditions défavorables pour [lui] et que la durée du préavis l'ait privé de chances de reconversion plus avantageuses* »

CA Rennes, 13 mars 2012 (n° 10/07756)

Com., 6 novembre 2012 (n° 11-24.570)

28 mai 2008 :

Le fournisseur
adresse une lettre de
rupture de leurs
relations au
distributeur avec un
préavis de 7 mois

Octobre 2008 :

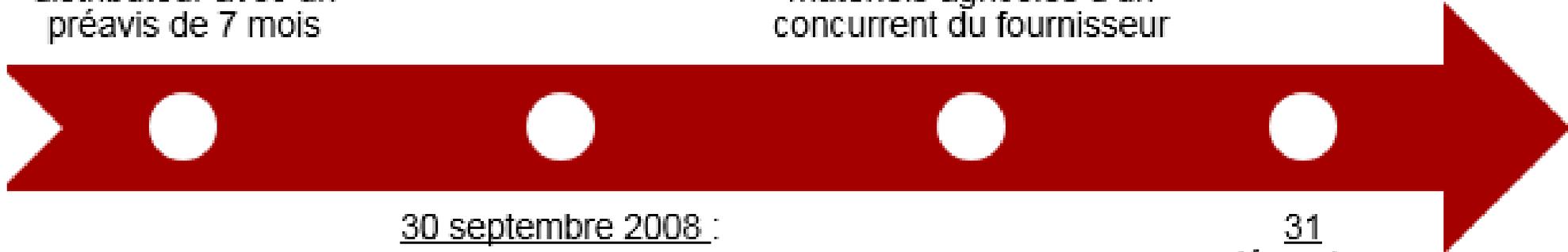
Le distributeur devient le
concessionnaire exclusif
des machines et
matériels agricoles d'un
concurrent du fournisseur

30 septembre 2008 :

Le distributeur
demande la prise
d'effet de la cessation
de ses relations avec
le fournisseur

31
décembre
2008 :

terme du
préavis
notifié le 28
mai 2008



➤ Absence de préjudice démontré du concessionnaire

- ✓ Reconversion avant le terme du préavis (Cass. com., 6 novembre 2012)
- ✓ Reconversion concomitante au terme du préavis (Cass. com., 9 juillet 2013)

- **Or, le texte de l'article L. 442-1 du Code de commerce est un texte de responsabilité :**
- ✓ Le préjudice devrait être apprécié au moment où le juge statue, non au moment de la notification de la rupture
 - ✓ Le préjudice réparable est le préjudice résultant de la brutalité de la rupture et non le préjudice résultant de la rupture elle-même
 - ✓ Le juge devrait prendre en compte le succès de la reconversion ou, au contraire, la réalisation d'un dommage pour évaluer si le préavis était suffisant et ne pas octroyer d'indemnisation supérieure au préjudice effectivement subi

- Or pour le moment, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence :

Cass. Com., 1^{er} mars 2017 : « le préjudice résultant d'une insuffisance de préavis devait être évalué en considération de la durée du préavis jugé nécessaire et (qu'il) n'y avait pas lieu de tenir compte des résultats d'exploitation de la victime au cours de la période considérée ».

- Après une période de résistance la Cour d'appel de Paris est rentrée dans le rang : Paris, 15 mars 2018

- **Peut-on transiger sur une rupture brutale de relations commerciales établies ?**
 - Oui, postérieurement à l'envoi de la lettre de résiliation, dès lors que l'on peut renoncer à un droit d'ordre public une fois qu'il est né, mais pas par anticipation.
Cass. com., 16 décembre 2014 n° 13-21.363
 - « S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »
Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1998

3. La résiliation extraordinaire pour faute sans préavis

- Nécessité de respecter à la fois le droit civil des contrats et l'article L. 442-1, II du Code de commerce
- Droit civil des contrats issu de la réforme du droit des contrats applicable à tous les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016: des règles de forme contraignantes
- Droit de la rupture de relations commerciales établies: une appréciation stricte de la faute grave sur le fond

- **Droit civil des contrats** : trois moyens de résoudre un contrat pour faute
 - Clause résolutoire de plein droit (art. 1225)
 - Résolution unilatérale par notification (art. 1226)
 - Résolution judiciaire (art. 1227)

- **Droit civil des contrats : le formalisme de la mise en jeu de la clause résolutoire**

Nouvel article 1225 du Code civil :

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

- **Droit civil des contrats : le formalisme entourant le droit de résolution unilatérale**

Nouvel article 1226 du Code civil :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

- Arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. Com. 18 oct. 2023, n°20-21.579) :

*« **Une telle mise en demeure n'a cependant pas à être délivrée lorsqu'il résulte des circonstances qu'elle est vaine** » ... « En l'état de ces constatations et appréciations par lesquelles elle a fait ressortir que le comportement du dirigeant de la société Calminia **était d'une gravité telle qu'il avait rendu manifestement impossible la poursuite des relations contractuelles**, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si une mise en demeure avait été préalablement délivrée à cette société, dès lors qu'elle eût été vaine, a légalement justifié sa décision.*

- **Droit civil des contrats : la résolution judiciaire**

Nouvel article 1227 du Code civil :

« la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ».

- La nécessité de prendre en compte les dispositions de l'article L. 442-1, II sur la rupture de relations commerciales établies :

« Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. »

- Interprétation restrictive de la faculté de rupture sans préavis par la jurisprudence
 - Le manquement doit être grave : *Cass. com., 9 juillet 2013, Hestia (n° 12-21.001)*: application de la clause de révocation au motif que le mandataire avait réalisé seulement 40% ou 65% de ses objectifs (au lieu de l'objectif de 80% prévu au contrat)

- ✓ **Pour la chambre commerciale de la Cour de cassation :**
 - « *en se déterminant ainsi, sans caractériser un manquement grave [du mandataire] à ses obligations contractuelles justifiant la rupture par [le mandant] de leurs relations commerciales sans préavis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » (Cass. com., 9 juillet 2013, Hestia, n°12-21.001; dans le même sens, Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-19.923)
 - Interprétation *contra legem* de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce

Exemples d'application

- Les circonstances extraordinaires justifiant la sortie du réseau:

Faute grave : la résiliation se fait toujours aux risques et périls de l'auteur. La possibilité de résilier unilatéralement pour faute est également possible pour les CDD.

- **Impayés** : quelque ce soit le moment, et même si le fournisseur s'est montré tolérant auparavant.
- ***Intuitu personae*** : si le contrat de distribution exclusive contient une clause de résiliation en cas de modification dans la situation juridique du distributeur ou de son capital. En l'absence d'une telle clause, la résiliation n'est généralement pas possible. Même en présence d'une telle clause, la résiliation opérée sans préavis peut être jugée brutale (CA Paris, 28 octobre 2020).
- **Présentation de faux rapports** : notamment la sous-évaluation des revenus servant d'assiette aux redevances.
- **Défaut de fourniture d'une caution** : si une clause le prévoit.

- Les circonstances extraordinaires ne justifient pas la sortie du réseau :
 - **Procédure collective du distributeur** : le fournisseur ne peut pas mettre fin au contrat, c'est à l'administrateur judiciaire de prendre position.

- Clauses délicates à mettre en œuvre :
 - **Insuffisance de résultats** compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation
 - **Perte de confiance** : le fournisseur ne peut pas étendre la résiliation d'une entreprise à une autre ayant le même dirigeant.
 - **Délit pénal** : clause délicate à mettre en œuvre.

- Avant un revirement de jurisprudence récent, il était recommandé de ne pas accorder de préavis, même de quelques jours, en cas de faute grave
 - Une faute grave est celle qui empêche la poursuite des relations
 - Le fournisseur longanime qui accorde un délai renonce à se prévaloir d'une faute grave:
 - Préavis de 8 jours (Cass. com., 1^{er} mars 2017, n°15-12.785)
 - Préavis de 24 jours (Paris, 5 mars 2019, n°18/04137)
 - Préavis de 7 mois (Paris, 24 avril 2019, n°18/28419)

- Toutefois, il ressort d'une jurisprudence récente que:
« la gravité du comportement d'une partie à une relation autorise l'autre partie à y mettre fin sans préavis mais n'interdit pas à celle-ci de prévoir un préavis. » (Cass. Com., 14 octobre 2020, n° 18-22.119)

Dans le même sens : CA Paris, 5-4, 1er juillet 2020, n° 18/22344

4. Obligation d'assistance à la reconversion ?

- Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion (Cass. Com., 6 mai 2002 n° 99-14,093; 7 avril 2004 n° 02-15.287).

- Mais attention :
 - À ne pas empêcher une cession en cours par une résiliation causant l'échec des négociations (Cass. com., 15 septembre 2009 ; Cass. com., 8 octobre 2013, n° 12-22.952)
 - À ne pas informer très tardivement un concessionnaire résilié de sa décision de ne pas l'agréer dans le nouveau réseau, le privant ainsi de préavis utile (Paris, 28 avril 2004)

5. Faculté d'opposition à la cession du contrat ou de l'entreprise ?

- Nécessité de prévoir une clause d'agrément à la cession du contrat et de l'entreprise exploitant le contrat
- Nécessité de prévoir une définition large du changement de contrôle
- Nécessité de prévoir un mécanisme d'information préalable et d'autorisation préalable à tout changement de contrôle
- Jurisprudence récente en matière de franchise contestant les clauses d'intuitu personae non réciproques (Paris, 5 janvier 2022, n° 20/00737)

CESSION DU CONTRAT PAR LE DISTRIBUTEUR EN CAS DE CLAUSE IMPOSANT UNE RAISON OBJECTIVE

✓ TC Paris, 2 oct. 2019 COMPIEGNE AUTOMOBILES c. VGF

1/ Le constructeur peut s'opposer à la cession de contrat lorsque:

- Le repreneur ne respecte pas les ratios financiers définis par le constructeur;
- Le groupe du repreneur comporte des entreprises qui violent l'interdiction de vendre hors réseau.

2/ Si le distributeur passe outre le refus:

- Le constructeur est en droit conformément au contrat de le résilier avec effet immédiat.
- Le constructeur n'a pas l'obligation d'agréer le repreneur.

A NOTER

- Nécessité de pouvoir objectiver par des éléments le cas échéant préétablis (ici circulaires) les motifs du refus (ici, obligation de motiver le refus d'agrément prévue par le contrat).
- Importance de prévoir des clauses d'intuitu personae fortes et des clauses d'agrément préalable avec résiliation en cas de manquement à cette obligation

6. Le paiement d'une indemnité

- Distributeurs indépendants :
 - Une indemnité est due au distributeur lorsque la rupture est fautive (rupture brutale ou abusive) et qu'elle a causé un préjudice.
 - En l'absence d'une faute, le fournisseur ne doit pas d'indemnité au distributeur.
 - Le contrat peut prévoir le versement d'une indemnité en cas de cessation du contrat.
 - Les droits belge et allemand prévoient une indemnité de clientèle pour les distributeurs résiliés.

- Le cas particulier des agents commerciaux :
 - Indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la cessation du contrat d'agent à l'initiative du commettant obligatoire (toute clause contraire est réputée non-écrite).
 - Indemnité égale à 2 ans de commissions selon la jurisprudence.
« il convient de fixer son montant en fonction des circonstances spécifiques de la cause, même s'il existe un usage reconnu qui consiste à accorder l'équivalent de deux années de commissions, lequel usage ne lie cependant pas la cour »
 (Paris, pôle 5, chambre 5, 5 novembre 2020)
 - L'agent commercial doit justifier d'un préjudice supérieur afin d'obtenir une indemnité de plus de 2 ans de commissions / le fournisseur doit justifier d'un préjudice inférieur afin de payer moins de 2 ans de commissions.
 - Mais en pratique, les juges accordent rarement une indemnité inférieure à 2 ans de commissions.

- Le cas particulier des agents commerciaux :
 - **Exonération de l'obligation de versement de l'indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la cessation du contrat (Article L. 134-13 du Code de commerce)**
 - La cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial
 - La cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent et non de circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut être raisonnablement exigée.
 - Lorsque selon un accord avec le commettant, l'agent cède à un tiers ses droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence

➤ **Réticence des juges pour exonérer le mandant du versement d'une indemnité compensatrice :**

- **Inefficacité** de la stipulation d'une **période d'essai** permettant la résiliation du contrat sans indemnité

"Il y a lieu de considérer qu'une interprétation de l'article 17 de la directive 86/653 selon laquelle aucune indemnité ou réparation n'est due lorsque la rupture du contrat d'agence commerciale intervient pendant la période d'essai contreviendrait à l'objectif de cette directive" (CJUE 19 avril 2018, aff C-645/16).

➤ **Réticence des juges pour exonérer le mandant du versement d'une indemnité compensatrice :**

- **Impossibilité de se prévaloir d'une faute grave révélée postérieurement à la résiliation**

"L'agent commercial qui a commis un manquement grave, antérieurement à la rupture du contrat, dont il n'a pas été fait état dans la lettre de résiliation et a été découvert postérieurement à la rupture, ne peut être privé de son droit à indemnité " (Cass 16 novembre 2022 n° 21-17.423 rendu suite aux arrêts CJUE 28 octobre 2010, C-203/09 et CJUE 19 avril 2018, C-645/16)

7. Les conséquences en droit social

- Article L. 1224-1 du code du travail (ancien article L. 122-12) :

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

➤ Notion d' « entité juridique autonome » dégagée par la jurisprudence.

- Toute clause contraire est réputée non-écrite.

- Problématique en matière de distribution :
 - Aucun lien de droit ne lie les deux distributeurs successifs.
 - **Distribution exclusive** : la jurisprudence considère que le transfert d'un contrat de distribution exclusive emporte le transfert des contrats de travail des salariés de l'ancien distributeur au nouveau distributeur.

- **Distribution sélective** : solution discutée, mais risque élevé d'application de la jurisprudence sur la distribution exclusive en cas de zone de chalandise dédiée.
- Le fournisseur ne peut se voir transférer les contrats de travail que pour autant qu'il a effectivement poursuivi ou repris l'activité du distributeur résilié.

8. Le droit de la faillite

- L'ouverture d'une procédure collective du distributeur ne permet pas au fournisseur de mettre fin au contrat de distribution, l'administrateur judiciaire peut en effet demander le maintien du contrat.

- Le **soutien abusif** (crédit-fournisseur) : engagement de la responsabilité du fournisseur qu'en cas de faute. Article L. 650-1 al. 1 Code de commerce) :
 - La fraude ;
 - La prise de garanties disproportionnées et ;
 - L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur.
- Nullités de la **période suspecte** : risque de remise en cause des paiement reçus.

9. La reprise des stocks

- Dans le silence de la loi, la reprise des stocks par le fournisseur à la cessation du contrat de distribution relève de l'**organisation contractuelle** :
- Clause de reprise des stocks ;
 - Clause de non-reprise des stocks ;
 - Dans le silence du contrat, selon la jurisprudence classique, le fournisseur n'a pas à reprendre les stocks à la cessation du contrat, mais de nombreuses décisions l'imposent en cas de rupture fautive.

- Le contrat peut stipuler que la reprise des stocks se fera selon des **conditions particulières**, par exemple :
 - Reprise du stock à la valeur de celui-ci, diminuée de x % (en raison des frais de transport, des frais de reconditionnement éventuels, etc.) ;
 - Reprise uniquement des produits acquis directement auprès du fournisseur (et non des produits acquis auprès d'autres membres du réseau) ;
 - Reprise de produits neufs (ex. achetés dans les x mois précédant la cessation du contrat ; dont l'emballage n'a pas été altéré, etc.).

- Exception : la reprise du stock non prévue au contrat **peut être imposée par une juridiction à titre de sanction** (ex. sanction de la rupture brutale de relations commerciales établies).

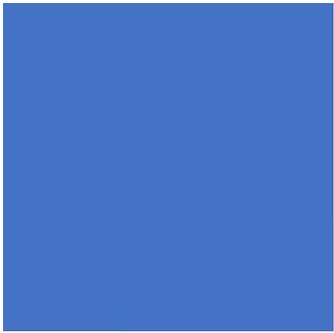
10. Les clauses de non-concurrence post-contractuelles

- La jurisprudence et les textes vont dans le sens d'un contrôle accru des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de façon générale des clauses qui restreignent l'activité après la fin du contrat
- Règlement restrictions verticales n° 2022/720 / Loi Macron du 6 août 2015 (article L. 341-2 du Code de commerce)
- Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation des contrats visés par la loi Macron, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.
 - ✓ Dérogation en faveur des clauses qui remplissent les conditions cumulatives inspirées du règlement restrictions verticales:
 - ✓ Concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat
 - ✓ Être limité aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat;
 - ✓ Être indispensable à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat
 - ✓ Durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation

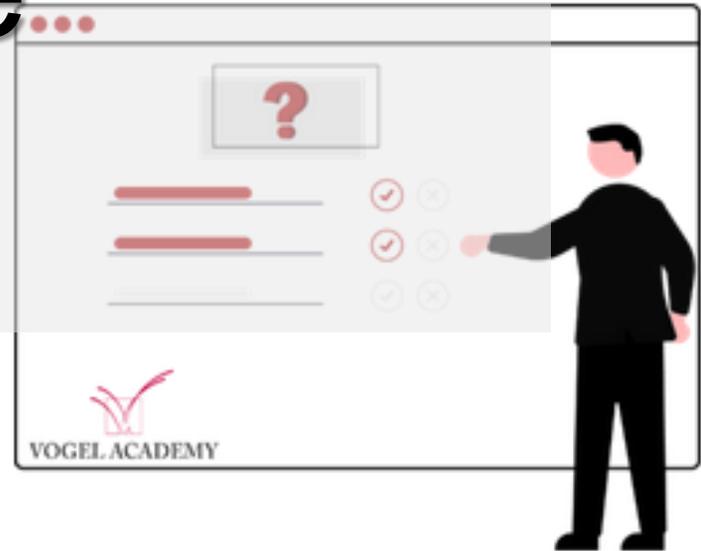
CONCLUSION

- Un droit en mouvement perpétuel
- Nombreuses réformes régulières
- Jurisprudence abondante et évolutive

- Nécessité de revisiter le droit applicable et la jurisprudence au moment où l'on prend une décision
- Ne pas se fier aveuglément aux clauses du contrat dont la validité doit être vérifiée au regard de l'état du droit au moment de la décision
- Faire intervenir les juristes au stade de la préparation des décisions et non pas simplement de leur exécution



Cas pratique...



La société DISTRIBUTEUR AUTO NANTERRE sas est une entreprise de distribution automobile dont le siège est à Nanterre. Elle est liée par un contrat de distribution sélective qualitative et quantitative (un distributeur par zone de chalandise, la France étant découpée en 400 zones) sans obligation d'exclusivité avec la société FOURNISSEUR AUTO+ dont le siège est à Boulogne. La société DISTRIBUTEUR AUTO NANTERRE ne représente cependant pas d'autres marques, les standards de représentation de FOURNISSEUR AUTO+ l'obligeant à consacrer toutes ses surfaces à la marque (exposition d'au moins 10 véhicules, ce qui occupe toute la surface d'exposition de ses locaux à Nanterre).

Le contrat, conclu en 1980, est à durée indéterminée et peut être résilié par chaque partie à tout moment de façon ordinaire avec un préavis de 24 mois. En cas de différend, le contrat prévoit une procédure de conciliation auprès de la Chambre d'arbitrage et de conciliation de Paris et attribue compétence pour tous litiges au tribunal de commerce de Nanterre. En cas de cession du contrat ou de 20% ou plus des actions de la société distributrice, ou en cas de changement de contrôle au sens du droit des sociétés, il est prévu une information préalable de la société FOURNISSEUR AUTO+ qui peut s'opposer à la cession pour une raison objective dans les 30 jours de la demande d'agrément.

Le 2 janvier 2019, FOURNISSEUR AUTO + a résilié le contrat avec un préavis prenant fin le 2 juillet 2021. Le 15 septembre 2019, la société DISTRIBUTEUR AUTO NANTERRE a sollicité l'agrément de la cession de ses actions à la société Trafalgar. Trafalgar se propose de racheter la société en vue de devenir distributeur de FOURNISSEUR AUTO+ et valorise dans ce cadre le fonds de commerce à 1.500.000 euros.

Le 30 septembre 2019, FOURNISSEUR AUTO+ a indiqué qu'elle refusait l'agrément de la société Trafalgar au sein de son réseau, ayant déjà nommé la société Molotov pour reprendre la zone de chalandise de Nanterre à compter du 1er juillet 2021 et reprochant à Trafalgar d'avoir revendu des voitures neuves AUTO+ par le passé sans être membre du réseau. Trafalgar avait indiqué ses sources d'approvisionnement qu'elle estimait tout à fait licites en faisant valoir qu'elle les avait achetées à un négociant automobile ayant pignon sur rue.

Le 10 décembre 2020, la société DISTRIBUTEUR AUTO NANTERRE signe une promesse de vente de son fonds de commerce à la société Trafalgar, sans le contrat de distribution puisque l'agrément a été refusé. Le prix de vente prévu dans la promesse conclue sous condition suspensive de l'octroi d'un prêt bancaire est de 500.000 euros. L'acte définitif sera signé le 1er janvier 2021 aux mêmes conditions.

Le 18 janvier 2024, après lui avoir adressé au cours des dernières années depuis la fin des relations de multiples lettres recommandées avec accusé de réception, la société DISTRIBUTEUR AUTO NANTERRE assigne la société AUTO+ devant le tribunal de commerce de Nanterre et lui réclame une indemnité de 1.000.000 d'euros pour refus d'agrément abusif ayant conduit à une dévalorisation de son fonds de commerce lors de la cession du fonds en date du 1er janvier 2021 de 1.000.000 d'euros ainsi qu'une indemnité pour rupture de relations commerciales établies compte tenu du préavis de résiliation insuffisant par rapport à la durée de la relation commerciale en estimant qu'elle aurait dû bénéficier d'un préavis de 36 mois. A ce titre, elle réclame la marge brute correspondant à une année de préavis manquante soit 3.000.000 d'euros, le montant des investissements non amortis de 1.000.000 d'euros et des frais de licenciement de 500.000 euros.

Vous êtes l'avocat de la société FOURNISSEUR AUTO+ qui vient de recevoir le 18 janvier 2024 l'assignation à comparaître à une première audience du 1er mars 2024 devant le Tribunal de commerce de Nanterre. Le PDG de la société FOURNISSEUR AUTO+ vous demande quels moyens de défense vous entendez faire valoir et vous demande le pourcentage de chance qu'ils soient accueillis par le tribunal.

MERCI POUR
VOTRE ATTENTION !



DES QUESTIONS ?

Pour toute question, contactez-nous au
01 53 67 76 20 ou vogelacademy@vogel-vogel.com