

Concernant la redevance forfaitaire, versée lors de la conclusion du contrat en contrepartie de l'assistance du franchiseur à l'ouverture du magasin franchisé, les juges auraient pu suivre un raisonnement identique : tel n'est pas le cas. Sur ce point, ils écartent la restitution réciproque de la valeur de la prestation d'assistance au motif qu'elle a été défallante. Le raisonnement est ici beaucoup plus satisfaisant : faute d'une correcte exécution, la prestation n'a pas de valeur et ne vient pas compenser le montant de la redevance que le franchiseur doit rembourser. En revanche, la Cour admet la compensation entre les redevances de franchise et les prestations assumées par le franchiseur tout au long du contrat, le franchisé n'en ayant pas discuté l'évaluation.

La demande du franchisé portant sur la restitution des marges réalisées par le franchiseur sur les ventes de chocolats au franchisé est rejetée, comme nouvelle. Toutefois, les juges prennent la peine de préciser qu'il n'est pas démontré que le contrat de franchise et les ventes de chocolats forment un tout indivisible. Ils n'imposent donc pas de présomption d'indivisibilité pour le groupe de contrats composé d'un contrat-cadre et de ses contrats d'application. Une telle solution est parfaitement justifiée. L'existence du contrat-cadre de franchise n'est pas nécessaire à l'exécution des ventes ultérieures et sa disparition n'en affecte ni la formation ni l'exécution. Les ventes, indépendantes et exécutées, n'encourent donc pas l'annulation.

Enfin, en tant que faute civile, le dol engage la responsabilité de son auteur à raison du préjudice causé. De façon générale et désormais classique, la Cour énonce que ce préjudice est constitué de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses (Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, n° 09-12.895, arrêt dit *Parsys 1*). Ainsi, en l'espèce, le franchisé obtient-il la réparation de la seule perte d'une chance de n'avoir pas engagé les dépenses d'investissement.

S'agissant des pertes subies, l'ancien franchisé en réclame également indemnisation. Classiquement, invoquant l'absence de lien de causalité, les juges refusent de mettre le passif de la société franchisée à la charge du franchiseur (Com., 4 février 2014, Bull. civ. IV, n° 28 ; 15 mars 2017, n° 15-16406 ; 29 mars 2017, n° 15-26032 ; Paris, 17 janvier 2018, n° 15/17647, Lettre distr. mars 2018). Ne peut-on pas objecter, toutefois, que la perte d'une chance de ne pas contracter recouvre la perte d'une chance de ne pas subir les pertes survenues ? La prise en compte de cette perte de chance serait d'autant plus pertinente, selon nous, que le consultant en transactions sollicité par le franchisé, qui a tenté de vendre son fonds de commerce en 2014, a conclu à l'absence de rentabilité – voire de viabilité, précise l'arrêt – de l'affaire et, partant, à son inaccessibilité. Une chance existait donc, si minime fût-elle, d'échapper aux pertes qui étaient quasi inéluctables, si le franchisé avait été correctement informé. Le débat mériterait pour le moins d'être ouvert.

A.B

Points de vue pratiques

Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187

Réouverture des négociations tarifaires en cours d'exercice : la Cour d'appel de Paris balise la pratique des demandes de baisses de prix ou de « budgets » additionnels

À la faveur d'un contentieux opposant le Ministre de l'économie à la Centrale de référencement du Groupement Système U, la Cour d'appel de Paris s'est intéressée à la renégociation du prix en cours de convention annuelle, sous l'angle de la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits obligations. Selon le Ministre, Système U avait demandé à neufs de ses fournisseurs, des avantages financiers et commerciaux additionnels, sans leur proposer des engagements réciproques équilibrés, hors du cadre de la convention unique, dans le but de compenser la perte de marge de l'enseigne, et avait accompagné ces demandes de menaces ou pressions, notamment de déréférencement. Intégralement débouté par le Tribunal de commerce de Paris, la Cour d'appel réforme partiellement la décision des premiers juges, pour deux fournisseurs du périmètre du contrôle.

La Centrale critiquait le fondement de l'action menée sur le déséquilibre significatif et l'interprétation extensive qu'aurait fait le Ministre de cette notion alors que, selon elle, il ne s'agissait que d'un rééquilibrage du contrat au sens économique. Elle estimait que le contexte économique avait rompu l'équilibre économique de l'accord

commercial conclu avant le 1^{er} mars 2014 avec les fournisseurs, et que les circonstances l'avaient amené soit à solliciter auprès desdits fournisseurs une renégociation du contrat, soit à rééquilibrer ses assortiments de produits en déréférencant des références non rentables, pour ne retenir que celles permettant de retrouver une certaine performance économique et une profitabilité.

L'arrêt est riche de contenu et de portée, d'autant qu'il invalide certaines analyses du contentieux de première instance qui, notamment, avaient écarté en l'espèce l'application de l'incrimination à la renégociation ou la tentative de renégociation (T. com. Paris, 15^e ch., 21 novembre 2016, n° 2015027442). La Cour, au plan pratique, conforte sa jurisprudence « Galec », à l'origine, en tout cas chez certaines enseignes, d'une recherche de justification ou « contreparties » aux concessions tarifaires obtenues (Com. 25 janv. 2017, n°15-23547 : Lettre distr. févr. 2017, N.E ; Paris 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251 : Lettre distr. juillet/août 2015, J-M.V ; T. Com Paris 24 sept. 2013 : Lettre distr. nov. 2013). Au contrôle des conditions de la négociation du prix qui résulte de la convention écrite à conclure le 1^{er} mars au plus tard (contentieux Galec), sur le fondement du déséquilibre significatif, se rajoute celui de sa renégociation. Cela semble logique. La jurisprudence « Galec » s'assoit ainsi dans le paysage du contrôle du prix par le truchement du déséquilibre significatif. Que retenir de cet arrêt, dont on ne peut que recommander la lecture ?

En premier lieu, un enrichissement des paramètres généraux d'appréciation. Pour l'essentiel, nous pouvons ainsi les synthétiser, avec quelques observations le cas échéant.

- **Les avenants à la convention cadre sont en eux-mêmes licites.** La Cour rappelle le principe voulant que la modification par avenants à l'accord-cadre annuel, en cours d'année, est admise, sous réserve que l'équilibre commercial soit préservé et que la modification du contrat sous forme d'accords conclus par les parties en cours d'exécution, ne soit pas obtenue par la soumission ou la tentative de soumission du cocontractant.

- **Les « pratiques » en matière de négociation - ici renégociation - relèvent aussi de l'article L. 442-6 I 2°.** Le champ d'application de l'article L. 442-6 I 2° est précisé. Il vise les clauses contractuelles, mais encore les « pratiques » entre les partenaires commerciaux, « aucune distinction n'étant faite par le texte et l'équilibre des droits et obligations des parties pouvant être modifié par des pratiques non prévues dans la convention écrite ». Cela n'était pas acquis, le Tribunal de commerce ayant adopté en première instance une position contraire.

- **Le rapport de force déséquilibré en faveur de la grande distribution n'est qu'un indice pour la démonstration de la soumission.** On relèvera que les fournisseurs visés dans l'arrêt étaient essentiellement des sociétés importantes, voire des multinationales commercialisant des produits que le distributeur qualifiait de « psychologiques » ou d'« incontournables », voire de non substituables.

- **La nécessité de contrepartie spécifique s'applique aussi aux concessions renégociées.** Le déséquilibre significatif s'appréciant au regard de la convention écrite, la Cour, dans la droite ligne de la jurisprudence Galec, insiste sur la nécessité de la contrepartie : « la fixation du prix est le résultat des obligations réciproques prises par le fournisseur et le distributeur au cours de la négociation commerciale et la réduction de prix accordée par le fournisseur doit avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur ». La Cour rajoute que « Ces principes s'appliquent également aux négociations sur le prix des produits réouvertes ultérieurement à la signature du contrat cadre annuel ».

- **La situation de concurrence exacerbée entre les distributeurs, la recherche d'un meilleur prix d'achat, la rétrocession consécutive aux consommateurs des meilleurs prix obtenus, de même que la discrimination tarifaire subie, ne justifient pas la pratique en cause.** Le contexte général de guerre des prix, qui amène un distributeur à devoir renégocier ses prix d'achat face à son impossibilité de pratiquer lors de la revente aux consommateurs, des prix compétitifs par rapport à un concurrent - Leclerc en l'occurrence - n'est pas un fait justificatif à la soumission ou la tentative de soumission de son fournisseur à un déséquilibre significatif. De plus, la rétrocession aux consommateurs des concessions tarifaires obtenues, n'est pas davantage constitutive d'un fait justificatif de la pratique, dans la mesure où la finalité principale de l'infraction de déséquilibre significatif vise à protéger les partenaires et non à réaliser les conditions d'un marché concurrentiel.

- **Les critères généraux de détermination du montant de l'amende civile à nouveau précisés, un peu enrichis et illustrés par des données factuelles.** En lien avec le point précédent, la rétrocession aux consommateurs des concessions obtenues du fournisseur pourrait constituer, selon la Cour, un « critère » pouvant, tout au plus et à le supposer justifier, être pris en compte dans le calcul de l'amende civile.

En deuxième lieu, les applications au cas d'espèce et les enseignements pratiques pour les (re)négociations à venir. La Cour fait preuve de pédagogie et analyse, pour chacun des fournisseurs, la pratique en cause, pour la dire licite ou non. Nous pouvons retenir de cette analyse quelques enseignements pratiques

Points de vue pratiques

pour les acteurs de la (re)négociation.

- **Solliciter une remise supplémentaire est permis, se l'appliquer d'office ne l'est pas.** Comme d'ailleurs exprimé par la Cour dans l'une des relations examinées « *la seule demande de la société Système U ne pouvant suffire à constituer la tentative de soumission* ». De même, « *Il ne ressort pas des éléments du dossier que la société Laiteries Hubert T. se serait vue imposer la remise supplémentaire accordée à la société Système U, les circonstances évoquées démontrant au contraire l'existence d'une véritable négociation entre les parties* ». En revanche, le refus du fournisseur d'octroyer pour certains produits, les remises supplémentaires sollicitées et l'application unilatérale par le distributeur des remises en question, matérialisées par l'émission de notes de débit suivi d'une compensation, caractérise une absence totale de négociation et de consentement entre les parties sur ce point et donc une soumission à une obligation déséquilibrée pour le fournisseur.

- **Interdire l'accès à ses magasins au fournisseur récalcitrant à accorder des réductions de prix supplémentaires et le menacer de déréférencement pour les obtenir, caractérise la soumission.** Ainsi et sans que l'on en soit très étonné mais le rappel est utile, l'obligation d'octroi de ces réductions supplémentaires de prix, consentie en pareilles circonstances par le fournisseur, caractérise l'absence de réelle négociation entre les parties, et donc la première condition du déséquilibre significatif, à savoir la soumission.

- **L'augmentation du chiffre d'affaires avec le distributeur sur la période visée par les pratiques n'est pas un élément de rééquilibrage des obligations respectives des parties.** Selon la Cour, cette circonstance ne prouve pas que le fournisseur n'a pas perdu en rentabilité dans ses rapports avec le distributeur. Mais alors, nouvelle question : *Quid* en cas de preuve de l'amélioration de la rentabilité du fournisseur et d'une augmentation concomitante du chiffre d'affaires sur la période, alors que pareille augmentation pourrait être liée à une multitude d'autres facteurs ? L'augmentation du chiffre d'affaire et de la rentabilité doit-elle être le Sésame pour absoudre toutes pratiques ?

- **La remise en cause d'un marché, en l'espèce de MDD, par le lancement d'un appel d'offres et son issue, en réaction au refus du fournisseur d'octroyer une remise supplémentaire, pourraient être un élément pour l'appréciation de la tentative de soumission ou de la soumission.** Dans la mesure où les éléments communiqués par le Ministre et le fournisseur à ce sujet ont été jugés insuffisants en soi pour démontrer la tentative de soumission ou la soumission, nous nous garderons d'en dire davantage sur cette question.

- **La décision en elle-même du distributeur de déréférencer certains produits de la gamme à raison de l'insuffisance de rentabilité que ces derniers lui procurent, est justifiée sous réserve de respecter un préavis suffisant.** Cette pratique « *d'optimisation* », qui conduit le distributeur, pour améliorer sa rentabilité à défaut d'obtenir une baisse de prix supplémentaire de la part du fournisseur, à modifier à la baisse ses assortiments référencés et/ou des animations promotionnelles ou, autrement dit, à conserver les seules références de produits dotés de la meilleure rentabilité, n'est pas en soi interdite. La seule concomitance entre la demande du distributeur et le déréférencement du produit, en dehors de tout autre élément concret (ex. existence d'un lien entre la demande de budget complémentaire et le déréférencement, menaces de déréférencement dans l'hypothèse d'un refus de négociation) et des seules déclarations du fournisseur lui-même, ne peut suffire à démontrer que le distributeur a tenté de contraindre son fournisseur à accepter sa demande de budget complémentaire. Nous remarquons tout de même, dans le cadre des déréférencements intervenus, l'existence de préavis relativement courts puisque de l'ordre de 3 mois ou 4 mois, sans que le débat devant la Cour n'ait dérivé sur la question de la suffisance du préavis, en raison du fondement de l'action du Ministre et de la concentration de ses moyens sur le déséquilibre significatif. Mais attention : la nécessité de respecter, au cas par cas, un préavis suffisant, est rappelée dans l'arrêt. Elle reste pertinente. L'arrêt nous apprend qu'un des fournisseurs avait d'ailleurs estimé trop court ce préavis de déréférencement partiel.

- **La demande d'octroi de remises supplémentaires non chiffrées (et de réouverture de négociation) ne caractérise pas la soumission.** La demande d'obligation, ni déterminée, ni déterminable, suivie le cas échéant de propositions du fournisseur à ce sujet, puis de déréférencements, n'est pas appréhendée comme un déséquilibre significatif. La commission de l'infraction est donc insuffisamment circonstanciée.

Voilà donc un arrêt bien riche au plan de ses enseignements pratiques et des perspectives qu'il offre aux négociateurs, alors que les réouvertures de négociations, passées la signature des accords commerciaux annuels, sont de plus en plus fréquentes. En effet et comme rappelé par le Ministre dans un Communiqué de l'an passé relatif à des pratiques demandées financières additionnelles formulées par la Centrale commune entre Intermarché et Casino (INCA Achats, dont il a été annoncé récemment l'arrêt d'activité au titre des prochains mois) auprès des

fournisseurs, quelques semaines après la signature du contrat-cadre annuel, ces pratiques interviennent dans un contexte général de tension des relations commerciales entre certaines enseignes de la grande distribution et leurs fournisseurs, exacerbé par le phénomène récent des regroupements à l'achat (« *La DGCCRF annonce l'assignation des sociétés INCA Achats, Intermarché et Casino devant le Tribunal de Commerce de Paris pour des pratiques commerciales abusives* »)

(https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqu2017/cp-DGCCRF-assignations-13-04-2017.pdf)

Ces alliances ayant pour but entre autres, d'accroître la performance à l'achat de leurs membres, ces dernières seraient bien avisées de tenir compte des signaux donnés à l'occasion de cette affaire.

J-M.V

Paris, 24 mai 2018, n°15/21617

Agent commercial : rémunération forfaitaire, absence de faute et indemnité limitée

Après trois ans de relations contractuelles avec un agent, des sociétés commercialisant du vin tranquille et du champagne dénoncent le contrat, considérant que les objectifs contractuels fixés ne sont pas atteints.

Pour s'opposer au paiement de l'indemnité revendiquée par l'agent, ils faisaient tout d'abord valoir que celui-ci ne disposait pas du pouvoir de négociation ; condition nécessaire pour justifier de l'application du statut, peu important la volonté des parties (intitulé et stipulations contractuelles).

Ce premier point est intéressant dès lors qu'il était présenté de façon originale : il ne s'agirait pas en effet d'un mandataire mais d'un prestataire chargé d'animer et de superviser les agents commerciaux exclusifs en charge de développer le secteur existant, prestataire rémunéré forfaitairement. Autrement dit, ce mode de rémunération ainsi que la présence d'agents commerciaux sur le secteur que l'agent devait encadrer, serait incompatible avec l'application du statut. Il est vrai que les dispositions légales relatives à la rémunération de l'agent ne s'intéressent qu'aux commissions, à savoir l'élément de la rémunération qui varie avec le montant et la valeur des affaires réalisées (L134-5 à L134-9 C. com.). De même, économiquement, la rémunération fixe semble peu compatible avec les résultats attendus grâce à la prospection de l'agent. Enfin, certains auteurs considèrent que la rémunération fixe est à exclure en matière d'agence commerciale dès lors qu'elle pourrait être un indice de lien de subordination voire de requalification en VRP. Après avoir rappelé classiquement que « *les tribunaux ne sont pas liés par la qualification juridique donnée par les parties dans le contrat et doivent vérifier la réalité du mandat* », le Tribunal et la Cour d'appel rejettent les arguments des mandants. La Cour précise en effet que la rémunération forfaitaire n'est pas « *contraire aux dispositions légales et n'a pas pour effet d'écarter la qualification d'agent commercial* ». Pour la Cour, ce mode de rémunération est donc licite. Il est vrai que si les dispositions légales relatives à la rémunération de l'agent commercial apportent des précisions concernant les commissions, ces dernières n'excluent pas précisément de prévoir une rémunération forfaitaire. Il sera relevé en outre qu'au cas d'espèce, l'agent était également rémunéré par un complément de rémunération variable en fonction des ventes annuelles, le fixe n'était donc pas le seul élément de rémunération. Enfin, ce mode de rémunération pouvait difficilement écarter l'application du statut dès lors que la requalification en contrat de travail n'était pas discutée. Se fondant sur les pièces produites par l'agent, qui démontrait intervenir sur des ventes directes et qu'il disposait d'un vrai pouvoir de négociation, la qualification d'agent commercial est donc retenue par la Cour.

Passée la qualification du contrat, les mandants reprochaient des fautes graves à l'agent. Le courrier de rupture renvoyait de façon lapidaire à la non-atteinte des objectifs contractuels, que les mandants étayaient à l'occasion du contentieux par l'absence d'informations sur l'état des commandes, les plans d'actions envisagés, des tournées et rendez-vous fixés. La Cour écarte là-aussi cet argument au motif que le contrat a été résilié sans motif précis avec pour seule référence la non-atteinte des objectifs, qui ne saurait constituer en soi une telle faute sans autre grief tenant à l'inaction de l'agent. Sans aucune relance préalable à la rupture afin d'obtenir ces informations, il était difficile aux mandants d'obtenir gain de cause. Enfin, la Cour confirme le courant jurisprudentiel actuel, se démarquant de l'application automatique de l'usage des deux ans de commissions à titre d'indemnité, en fixant l'indemnité de fin de contrat en fonction du préjudice réellement subi, donc en tenant compte de la durée effective du contrat. En l'espèce trois ans de relation et une indemnité en conséquence limitée à une année de commissions ou plutôt de rémunération...

A.L