

# Points de vue pratiques

Civ. 3, 7 décembre 2017, n°16-25083

## Gérance-mandat : qui transfère le risque d'exploitation... prend des risques

Belle occasion pour la Cour de cassation de mettre en évidence une différence fondamentale entre le contrat de location-gérance et le contrat de gérance-mandat prévu par l'article L.146-1 C. com... Il n'est toutefois pas superflu, pour une meilleure compréhension de la décision sous commentaire, de prendre connaissance de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui était soumis à la censure de la Chambre Suprême.

Un bail commercial prohibait la signature, par le preneur, d'un contrat de location-gérance au profit d'un tiers, sans accord préalable du bailleur. Le preneur ayant conclu un contrat de gérance-mandat, dont il était précisé qu'il était soumis aux dispositions de l'article L.146-1 C. com., le bailleur poursuivait la résiliation du bail, invoquant l'inobservation par le preneur de ses obligations contractuelles. Il était sollicité, à cette fin, requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de location-gérance. La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel en des termes concis : la convention disposait « *qu'en cas de déficit de gestion, le gérant engageait sa responsabilité illimitée quelque soit la gravité de sa faute* ».

Le contrat conclu par le preneur à bail précisait, en effet, qu'en cas de déficit de gestion, le gérant mandataire engageait sa responsabilité pécuniaire de manière illimitée quelque soit la gravité de sa faute. Il était prévu également une rémunération fixe au profit du preneur à bail, versée par le « pseudo gérant mandataire », et c'est après paiement de celle-ci que ce dernier conservait 99 % des bénéfices nets issus de l'exploitation du fonds de commerce. Manifestement, on était en présence d'un dévoiement du dispositif consacré par l'article L.146-1 C. com. En effet, cet article prévoit que le propriétaire du fonds de commerce supporte les risques liés à son exploitation lorsqu'il conclut un contrat de gérance-mandat, alors que l'article L.144-1 du même Code précise que le locataire-gérant exploite le fonds de commerce à « *ses risques et périls* ».

Au-delà du rappel de cette dichotomie, qui relève de l'évidence, « l'effet domino » d'une requalification sur la pérennité des droits dont peut se prévaloir une partie à l'égard d'un tiers (dans notre cas, le bénéficiaire de la propriété commerciale) ne manquera pas d'alerter, une fois de plus, le praticien, lorsqu'il est en charge de la rédaction d'un contrat de distribution.

A.C-B

Com. 20 décembre 2017, n°16-20501

## Approvisionnement exclusif et contrat de franchise : une fin d'année favorable aux réseaux !

Un franchisé, qui avait conclu un contrat de franchise pour l'exploitation d'une boulangerie, dénonce ce dernier avant son terme, reprochant au franchiseur de multiples inexécutions contractuelles ; contrat dont la durée était de neuf ans, renouvelable par tacite reconduction pour des périodes de cinq ans. Ce contrat prévoyait par ailleurs l'obligation pour le franchisé de s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur spécifiquement référencé, lequel avait développé un concept de fabrication innovant de pains traditionnels. Suite à la rupture, le franchisé est assigné par le franchiseur et le fournisseur pour rupture abusive.

Le fournisseur invoquait, pour obtenir la condamnation du franchisé, l'existence d'une stipulation pour autrui résultant du contrat de franchise. Ce fondement lui permettait ainsi de prétendre à la réparation du préjudice résultant de la perte de marge sur le nombre de mois restant à courir jusqu'au terme du contrat et non au seul préavis raisonnable sur le fondement de la rupture brutale des relations.

En réponse, le franchisé fait valoir classiquement, en appel et devant la Cour de Cassation, que le seul fait qu'une clause d'un contrat puisse procurer un avantage à un tiers ne suffit pas à caractériser l'intention de stipuler pour autrui. Cette clause doit en effet « *conférer au tiers bénéficiaire un droit direct à l'encontre du promettant* ». Or, la clause d'espèce constituait selon lui une modalité d'exécution du contrat et non un droit propre direct au profit du fournisseur à l'égard du franchisé. En outre, la rédaction de la clause s'opposerait à cette qualification puisque le franchisé avait la possibilité de demander le référencement d'autres fournisseurs qui pratiquaient des prix inférieurs dès lors que le produit présentait les qualités requises pour être commercialisé dans le réseau ; possibilité incompatible avec l'intention de procurer au fournisseur un droit propre et direct.

La Cour d'appel puis la Cour de cassation rejettent de tels arguments dès lors que le contrat de franchise précisait très clairement que le franchiseur demandait au franchisé de s'engager à se fournir exclusivement, pour les produits de la gamme fabriqués par le fournisseur référencé, auprès de ce dernier, ce qui caractérise « *une volonté manifeste des parties de faire naître au profit [du fournisseur référencé] un droit contre [le franchisé]...peu important la faculté du franchisé de*

*proposer un autre fournisseur* ». La naissance de ce droit direct au profit du fournisseur référencé dépend donc de la clarté de la rédaction de la clause. Si, pour cette raison, la responsabilité du franchisé ne peut être engagée sur le fondement de la stipulation pour autrui, une action en responsabilité délictuelle est envisageable (Com. 10 juillet 2012, n°11-22301).

Le franchisé contestait par ailleurs la licéité de la clause d'approvisionnement exclusif, considérant qu'elle caractérisait une restriction de concurrence pour laquelle l'exemption par catégorie ne pouvait pas s'appliquer. La logique du franchisé était la suivante : cette obligation doit être qualifiée « *d'obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans* » au sens de l'article 5 du règlement. Ce faisant, sauf pour le franchiseur à démontrer qu'il pouvait bénéficier d'une exemption individuelle (article 5.3), cette clause doit être annulée. La Cour d'appel écarte l'argument au terme d'une analyse qui peut prêter à confusion. Elle qualifie d'abord cette clause d'obligation de non-concurrence avant de préciser que l'exemption par catégorie n'est pas envisageable lorsque sa durée dépasse cinq ans, ce qui est le cas en l'espèce. Et la Cour de préciser toutefois qu'« *en matière de franchise des exemptions individuelles sont possibles* ». À ce stade du raisonnement, c'est sur le terrain du § 3 de l'article 101 TFUE et de l'article L420-4 du Code de commerce, et donc de l'exemption individuelle, que la solution de la Cour était attendue. Pour autant, l'argument du franchisé est rejeté au motif que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, symbolisée par l'enseigne, « *ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens du § 1 du traité de l'article L420-1 du Code de commerce* ». Autrement dit, ces clauses ne sont pas soumises à l'analyse préalablement indiquée... Et la Cour d'appel de reprocher au franchisé de ne pas démontrer que cette clause ne serait pas indispensable à la protection du savoir-faire et à la préservation de la réputation du réseau. Profitant de cette articulation pour le moins maladroite, le franchisé va affirmer au soutien de son pourvoi, qu'en concluant ainsi après avoir validé la grille d'analyse qu'il proposait sur la base du Règlement 330/2010, la Cour d'appel a renversé la charge de la preuve. La Cour de cassation rejette ce pourvoi et fait œuvre de clarification en considérant d'abord qu'« *en matière de franchise, les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité de la réputation du réseau, symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens des articles 101 § 1 du traité et 420-1 du Code de commerce* ». Cette solution est conforme, voire de portée plus large, que les Lignes directrices du Règlement (point 190-b). Cette dernière fait surtout écho, trente-deux ans après (à quelques jours près), à la décision Pronuptia (CJCE 28/01/1986 Aff. 161/84), à la décision de l'ADLC dans le secteur du lavage automobile (Décision n°10-D-12) voire plus généralement à l'application de la règle de raison (D. Ferrier, V° Accords de distribution, Rép. droit européen). Il s'agit en effet de traiter de façon préférentielle au regard du droit de la concurrence ces clauses qui, insérées au sein d'accords de franchise, sont nécessaires à la préservation de l'image, du savoir-faire et de l'identité du réseau. Au cas particulier, l'approvisionnement exclusif était en effet nécessaire pour qu'il existe « *une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués selon un cahier des charges et un procédé propre au fournisseur exclusif* ». Ce faisant, la clause échappe en principe à l'application du droit de la concurrence qui sanctionne les ententes anticoncurrentielles, et n'a pas à être rachetée à titre individuel par la preuve d'un bilan économique positif. Il appartenait donc au franchisé d'apporter la preuve du caractère non nécessaire de cette obligation (cf. par exemple : produits accessoires au concept transmis).

A.L

Paris 20 décembre 2017, n°13/04879

## Assignations Novelli et déséquilibre significatif : la Cour d'appel de Paris rappelle à l'ordre le Ministre sur la nécessité de caractériser la soumission

Les décisions rendues en matière de déséquilibre significatif dans les contentieux « Novelli » se succèdent et ne se ressemblent pas toutes. Rappelons que l'objectif de l'introduction de cette notion a été de remplacer l'ancien dispositif d'abus de puissance d'achat, inefficace, et d'inciter les acteurs, notamment de la Grande distribution, à une véritable négociation, dans le contexte de négociabilité des CGV introduite par la LME. Dans le cadre de sa mission de gardien de l'ordre public économique et conscient de ce que les fournisseurs, du moins en cours de relation commerciale, n'allaient pas engager des actions contre leurs clients, le Ministre avait saisi fin 2009 les juridictions pour voire mettre en œuvre le nouveau dispositif du L. 442-6 I 2° C. com., à l'encontre de neuf ou dix enseignes. Le Ministre avait alors ciblé, enseigne par enseigne, un certain nombre de clauses figurant dans les conventions types de

Versailles 12 décembre 2017, n°16/05167

## Autorisation de la vente en ligne de médicaments sur une plate-forme

ces dernières dont il lui apparaissait qu'elles contrevenaient à la nouvelle interdiction de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire économique à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations. Ces contentieux ont dans l'immense majorité des cas été fructueux pour le Ministre, notamment au plan de la démonstration de la soumission des fournisseurs par les distributeurs poursuivis. Dans son arrêt ici rapporté, qui s'inscrit dans la dernière vague des différents contentieux sur la question, la Cour interprète strictement la condition de soumission ou tentative de soumission pour rejeter l'action du Ministre.

La preuve de la soumission ou la tentative de cette soumission doit être établie par le Ministre pour donner lieu à condamnation en cas de déséquilibre significatif résultant d'une clause, non réciproque et ne donnant pas lieu à un rééquilibrage par ailleurs au sein du contrat. On peut par exemple relever dans l'arrêt que « *Si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution 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 d'une clause du contrat signé entre eux, même si ce contrat est un contrat type. Cet indice doit être complété par d'autres indices. (...) La preuve de l'absence de négociation effective peut résulter de la circonstance que des fournisseurs cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier* ». Ce rappel semblait opportun après une série d'arrêts dont on aurait pu déduire, hâtivement, que la condition de soumission était quasiment présumée du seul fait de la relation avec la Grande Distribution. Au-delà du nécessaire respect par le Ministre des conditions posées par le texte, seule la démonstration préliminaire de la soumission ou de sa tentative ouvre la voie à l'analyse des clauses litigieuses aux fins d'établir si elles sont ou non déséquilibrées. En revanche, l'absence de soumission autorise le juge à ne pas mener plus avant son analyse, comme aurait pu en l'espèce le faire la Cour de Paris. Pourtant, tout en déboutant le Ministre de sa demande de condamnation faute d'avoir démontré la condition préalable de soumission, la Cour n'en reste pas là.

Consciente de l'intérêt pédagogique de son arrêt concernant deux clauses des accords 2009 par des sociétés du groupe Intermarché avec cinq de ses fournisseurs, la Cour livre son analyse des clauses incriminées par le Ministre, pour en conclure que l'une d'entre elles est déséquilibrée sans se trouver rééquilibrée par une autre clause de la convention (clause prévoyant que le paiement des factures et avoirs par le fournisseur présumait la réalisation effective des obligations et services facturés par le distributeur ainsi que de leur caractère justifié et proportionné) alors que l'autre ne l'est pas (clause d'exclusion préalable ou de renégociation d'un commun accord de certaines clauses des CGV du fournisseur). Relevons, s'agissant de cette dernière clause, que la Cour avait consulté avant dire droit la CEPC, laquelle avait rendu un avis dont le contenu figure en partie dans l'arrêt ici commenté et qui souligne que l'existence de cette clause questionne d'abord sur la force obligatoire du contrat conclu avant même de s'interroger sur l'existence d'un déséquilibre significatif. Le volontarisme de la Cour de Paris permet au Ministre de venir compléter son catalogue de clauses abusives, sans pour autant sanctionner le distributeur qui, au demeurant et comme ses pairs, aura sûrement pris bonne note de la position des juges sur les clauses en question. Au plan pratique et même si le distributeur poursuivi échappe à l'amende, il serait, de notre point de vue, inopportun pour les parties en position de force dans la négociation, de voir dans cet arrêt un infléchissement dans la lutte contre les déséquilibres significatifs. La solution s'est en effet jouée, en ce qui concerne la question préliminaire de la soumission, sur le seul terrain probatoire (« *La soumission ou tentative de soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est donc pas établie. La pratique de déséquilibre significatif n'est donc pas constituée, sans qu'il soit utile d'examiner la réalisation de la deuxième condition, tenant à l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif* »).

Alors qu'elle n'était, en l'espèce, pas nécessaire, l'analyse par la Cour des clauses critiquées participe de la construction du droit des clauses abusives dans les conventions commerciales avec les acteurs de la Grande Distribution. La procédure n'aura donc pas été vaine pour le Ministre qui en aura tiré quelques enseignements pour d'autres procédures en cours et à venir. On songe par exemple à la procédure à l'encontre de la plateforme Amazon annoncé par le Ministre en décembre dernier. Il est en l'espèce question des contrats d'Amazon, imposant à ses partenaires commerciaux des clauses lui permettant de modifier unilatéralement ses conditions commerciales ou de suspendre et/ou résilier unilatéralement ses relations commerciales avec ses vendeurs (<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-commerciales-des-plateformes-numeriques-annonce-des-resultats-dune-enquete>).

J.-M.V

En raison notamment des risques importants pour la santé liés au commerce de médicaments contrefaits, la vente en ligne de médicaments non soumis à prescription est strictement encadrée depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°437 du 19 décembre 2012 et du décret n°1562 du 31 décembre 2012 pris en application de la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011. Ainsi, pour sécuriser la traçabilité des médicaments commercialisés en ligne, cette activité ne peut être exercée que par un pharmacien d'officine, à partir du site internet d'une officine de pharmacie, sur autorisation administrative de l'agence régionale de santé territorialement compétente. Il en résulte que la vente en ligne de médicaments par l'intermédiaire d'une plateforme ou d'un pure-player est interdite.

La société Doctipharma qui a comme objet social le « *conseil en systèmes et logiciels informatiques* », se présente comme un concepteur éditeur d'une solution technique destinée à des pharmaciens d'officine en vue de leur permettre d'éditer et d'exploiter leur propre site Internet de commerce électronique de médicaments. Or, l'Union des groupements de pharmaciens d'officine (UDGPO), association regroupant 16 groupements de pharmaciens d'officine, considère que le site doctipharma.fr est un site de vente en ligne de médicaments et qu'il exerce, dès lors, une activité illicite. En outre elle considère que cette activité est contraire à l'article L.5125-25 du Code de la santé publique qui interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers. Elle assigne donc la SAS Doctipharma, ainsi que l'hébergeur du site incriminé, afin d'obtenir son interdiction. Le Tribunal de commerce de Nanterre fait droit à sa demande (31 mai 2016, n°2015 F00185) et ordonne sous astreinte de 3000 € par jour de retard la cessation de l'activité de commerce électronique sur ce site ainsi que la cessation de l'hébergement des données correspondantes. Sur appel de Doctipharma, la cour d'appel de Versailles infirme le jugement.

Doctipharma avançait sa qualité de « *concepteur et éditeur d'une solution technique destinée à des pharmaciens d'officine* » offrant une solution « *clé en main* » pour permettre aux pharmaciens de se « *concentrer sur leurs métiers* » plutôt que d'une activité de sous-traitance. Elle précisait que le consommateur ne faisant qu'utiliser une solution technique de paiement sécurisée proposée et intégrée sur les sites conçus et développés pour régler le pharmacien concerné, qu'en aucun cas le client ne paie les médicaments auprès d'elle, et qu'elle n'assurerait ainsi d'aucune manière la vente à distance de médicaments.

Sur la qualité d'éditeur de sites ou de prestataire technique de la SAS Doctipharma, la Cour procède à l'analyse des conditions générales de conception, d'hébergement et de maintenance de sites Web d'officine de pharmacie utilisées par Doctipharma et constate que : « *Doctipharma fournit aux pharmaciens les services suivants :*

- la conception (développement, réalisation, intégration des contenus) du Site ;
- la maintenance corrective évolutive du Site ;
- l'hébergement du Site par un hébergeur agréé de données de santé [...]
- des services d'assistance administrative ».

Ces conditions générales la définissent comme « *concepteur éditeur d'une plate-forme permettant à des pharmaciens d'officine de mettre en ligne leurs sites de commerce électronique de produits de santé conformément à la réglementation en vigueur* » ; elles rappellent que tout acte de vente en ligne intervient exclusivement entre chaque pharmacien éditant un site à partir de la plate-forme et les internautes utilisateurs ; que chaque pharmacien est, au sens de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, éditeur de son site, et qu'il a la seule et entière responsabilité du site dont il détermine unilatéralement le contenu dans le respect des dispositions légales applicables, notamment en termes de produits proposés et de prix. La Cour d'appel en déduit que « *doctipharma.fr est une plate-forme technique qui ne pratique pas la commercialisation directe de médicaments qui reste le fait des seuls pharmaciens référencés sur cette plate-forme* ».

Sur la qualité de courtier de la SAS Doctipharma au sens de l'article L.5125-25 du Code de la santé publique, le Tribunal avait retenu un grief de standardisation des sites d'officine, ainsi que la mise en ligne d'un catalogue préenregistré de médicaments et l'organisation par la plate-forme d'un mode de paiement unique développé par une société tierce pour le compte de la BNP Paribas. Doctipharma répondait que la standardisation des sites était une pratique très courante justifiée par des impératifs commerciaux, que le catalogue de produits reposait sur une base pharmaceutique de référence agréée par la Haute autorité de santé, et qu'elle n'était pas l'éditeur du système de mode de paiement qui fonctionnait avec un compte de cantonnement, non rémunéré, mis à disposition des pharmaciens pour la gestion de leur propre flux financier. La