

en dépit de la variation des volumes commandés par Monoprix. Le produit étant toujours référencé, les juges en déduisent que seule la baisse de commandes aurait pu identifier une faute. Or, en l'absence d'obligation de garantir un volume de commande minimal, « la diminution, même significative, des commandes est insuffisante en soi à caractériser une rupture partielle des relations commerciales, dès lors que la conjoncture ne permet plus le maintien d'un quelconque niveau de commande ». Le faible niveau de commande est effectivement conjoncturel et plus spécifiquement imputé à « la désaffection des consommateurs pour le produit, et par le fait qu'elle dispose en stock d'une quantité importante d'unités [...] de nature à satisfaire jusqu'à ce jour et pour les prochains mois l'essentiel des besoins de sa clientèle ». En somme, ni relation ni rupture ne fondaient l'action en réparation de la rupture brutale d'une relation établie.

Identifier une rupture. La cessation de l'exclusivité durant le préavis (15/14893). La stipulation de la cessation de l'exclusivité réciproque durant le préavis accordé à un concessionnaire caractérise-t-elle une rupture brutale ? D'une part, et comme le souligne la Cour, « il est de principe que, sauf circonstance particulière, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures, faute de quoi le délai de préavis est privé de son intérêt ». Aussi, la rupture qu'elle emporte dans les conditions de la relation est parfois jugée brutale (Com., 10 fév. 2015, n° 13-26414, Lettre distr. mars 2015). D'autre part, cette cessation de l'exclusivité sert la finalité du préavis, expliquant qu'elle soit parfois jugée ne pas avoir « pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. » (Paris, 7 nov. 2016, n° 15/10249, Lettre distr. décembre 2016) et dès lors, ne pas permettre d'engager la responsabilité du concédant qui l'applique. Les raisons de cette divergence jurisprudentielle sont ici explicitées par la Cour, qui précise devoir vérifier « si l'auteur de la rupture a concrètement maintenu les relations commerciales antérieures. Cette appréciation in concreto exclut que l'on puisse retenir que l'application [de ladite clause] constitue en soi une modification de la relation commerciale... La partie victime de la rupture qui allègue que la relation commerciale ne s'est pas maintenue dans les conditions antérieures doit démontrer que l'auteur de la rupture en est responsable ». Tout n'est qu'affaire d'espèce, et ici, le concessionnaire imputait sa liquidation judiciaire notamment à la disparition de l'exclusivité au 6^e mois de préavis, entraînant la diminution de son chiffre d'affaires et l'implantation d'un nouveau distributeur sur sa zone qui a immédiatement capté sa clientèle. Les juges apprécient alors le détail de cette relation, pour souligner que la cessation de paiement et la situation obérée étaient bien antérieures à la notification de la rupture. En somme, la rupture dans l'activité économique du concessionnaire étant antérieure au jeu de la clause, le préavis est jugé effectif. Cette logique traduit néanmoins une faveur pour cette clause qui n'est pas jugée par principe emporter une rupture dans les conditions de la relation (ce qu'elle fait pourtant), mais qui ne sera fustigée que lorsqu'elle emporte une véritable rupture dans l'activité économique du demandeur. Autrement dit, et bien qu'on perçoive l'intérêt de cette logique, il convient d'identifier la faute en fonction du préjudice.

Imputer la rupture : la crise économique n'est pas un poncif (n° 15/14461). Casino espérait se dédouaner de la rupture de la relation entretenue avec un de ses fournisseurs en prétextant la conjoncture économique, la crise du textile encore accentuée par « la suppression progressive des quotas d'importation de textiles chinois ». En vain, « le distributeur ne pouvant ici faire état d'une situation générale, sans démontrer l'impact personnel que cette situation générale a pu avoir sur sa propre situation ». Une conjoncture du marché peut exister sans tout excuser.

Cumul des fondements contractuel et délictuel (n° 15/14893). La Lettre de février 2018 était l'occasion de critiquer l'application étonnante que la Cour d'appel de Paris réalise du principe de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, pour écarter la demande fondée sur le contrat lorsqu'elle cible le même fait que celui caractérisant la brutalité de la rupture selon l'art. L. 442-6, I, 5° C. com., sans pour autant être hiérarchisée avec cette dernière. Tel est souvent le cas lorsque la rupture brutale est également estimée opérée de mauvaise foi par le demandeur.

En cette espèce, « la demande est recevable car elle est, pour une part, fondée sur des faits distincts de ceux ayant motivé la demande en rupture brutale, et, pour l'autre part, présentée à titre subsidiaire ». La Cour maintient ainsi son étonnant principe, mais ne l'applique pas à cette espèce, peut-être, d'ailleurs, avec un peu d'indulgence. En effet, la première affirmation étonne car on peine à se convaincre de la réalité « des faits distincts » puisque sur le fondement extracontractuel, la demande en brutalité de la rupture reposait sur le jeu de la clause emportant suppression de l'exclusivité réciproque au 6^e mois de préavis ; tandis que le fondement contractuel reposait sur « la perte d'exclusivité, qui est un élément essentiel du contrat, est constitutive d'une rupture abusive du contrat [...]. le concédant l'ayant informée le jour même de la désignation d'un distributeur concurrent dans sa zone d'exclusivité, sans l'avertir au préalable ». Autrement dit, les deux demandes portent sur les mêmes faits, à savoir la perte d'exclusivité et le

défaut de prévenance. Certes, il y a une infime variation au sein de cette dernière prétention, le défaut de prévenance fondant la prétention du demandeur ciblant plus spécifiquement l'absence d'information préalable à la nomination d'un nouveau concédant dans l'ancienne zone d'exclusivité. Au demeurant, l'indulgence dans l'application de cet étonnant principe de non cumul ne profitera pas au demandeur. En effet, la demande sur le fondement contractuel est reçue mais rejetée car le concédant n'a fait preuve d'aucune mauvaise foi mais s'est contenté d'appliquer les stipulations contractuelles sans tromper son contractant quant à ses intentions.

Jauger l'opportunité d'un appel (n° 16/03776). Un distributeur exclusif pour la France de cuirs fournis par une société autrichienne ne parvient pas à honorer la commande d'un client souhaitant aménager l'intérieur d'un Boeing 747, les cuirs livrés étant à deux reprises retournés au fournisseur en raison de leur mauvaise qualité. Lassé, le distributeur annule la commande et le fournisseur, en réponse, met fin au contrat de distribution. Les premiers juges reçoivent les demandes du distributeur, d'une part en réparation des inexécutions contractuelles, l'absence de délivrance conforme des marchandises ressortant des expertises, et d'autre part en indemnisation de la brutalité de la rupture : l'annulation de la commande par le distributeur est justifiée par les inexécutions du fournisseur et ne peut dès lors expliquer la rupture brutalement décidée par ce dernier. En appel, le jugement est confirmé en son principe, mais non dans le calcul de la durée du préavis. Pour cette relation exclusive de 22 ans, les premiers juges avaient retenu 6 mois de préavis ; ce que le fournisseur estime excessif, mais que la Cour juge « très insuffisant » en raison notamment de la difficulté pour le distributeur « de réorganiser son marché pour nouer des liens avec un autre partenaire livrant des cuirs haut de gamme, puisqu'elle s'était engagée à ne pas diffuser de cuirs similaires ou comparables en provenance d'autres fournisseurs ». Les 6 mois estimés raisonnables deviendront 22 mois, augmentant ainsi considérablement les bases de calcul du préjudice. La durée raisonnable du préavis, bien qu'appréciée au vu du contexte économique et des possibilités de reconversion de la victime, demeure souverainement appréciée. Alors, autant ne pas irriter le juge...

C.M-G

Points de vue pratiques

Paris, 13 juin 2018, n° 18/04602

Article L. 442-6 I 1° C. com. : Ne pas confondre gratuité avec libéralité

Il est fréquent de voir un fournisseur faire bénéficier son client distributeur de « gratuits », pour des raisons diverses. Par exemple, pour une opération promotionnelle classique à l'adresse du distributeur lui-même ou en vue d'une prise en charge par le fournisseur d'un produit gratuit, consenti par le distributeur au consommateur (ex. opération du type « deux achetés un gratuit »). Or, la gratuité n'a pas toujours bonne presse, à raison des travers qu'elle peut susciter dans la relation fournisseur-distributeur. Il a d'ailleurs récemment été question d'interdire l'emploi de ce terme pour les produits alimentaires, lors des débats devant l'Assemblée Nationale du projet de loi Alimentation. Ainsi, un article 9 bis avait été introduit dans le projet et prévoyait que dans la promotion par les opérateurs de vente d'un produit alimentaire, le terme de « gratuité », ses dérivés et synonymes de même sens ne pourraient être utilisés comme outil marketing et promotionnels dans le cadre d'une relation commerciale. Les auteurs de l'amendement (n° 1799) motivaient cette interdiction comme un prérequis à la reconnaissance du travail des agriculteurs et à un partage équitable de la valeur leur permettant de vivre décemment de leur travail. La gratuité, selon ces auteurs, relève du don, par nature non commercial et il est alors plus approprié d'utiliser les termes « offre » ou « promotion ». Le Sénat est revenu sur cette interdiction. La gratuité a donc son « côté obscur ».

L'arrêt ici rapporté, par ailleurs commenté au plan de la rupture brutale de relations commerciales établies (v. *supra*, C.M-G, p. 2), en donne un nouvel exemple, à l'occasion de l'application de la prohibition de l'article L. 442-6 I 1° à l'attribution de produits gratuits par un fournisseur à son distributeur pour le lancement d'un nouveau produit. Ce n'est pas le principe même la gratuité qui est ici prohibé, à raison de l'absence pure et simple de contreparties apparentes, mais la démesure dans l'octroi de produits gratuits eu égard au bénéfice qu'en retire *in fine* le fournisseur. L'octroi d'avantages disproportionnés et les suites auxquelles il peut donner lieu notamment au plan des restitutions, a maintes fois été débattu (V.

Points de vue pratiques

Com. 11 sept. 2012, nos 11-14.620 et 11-17.458, Lettre distr. octobre 2012). En matière de coopération commerciale, puisqu'il en est question dans l'arrêt commenté, on se souvient que la Cour de cassation avait jugé que « *si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ces deux éléments, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de cette disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat* » (Com., 27 avr. 2011, Lettre distr. mai 2011). Dans l'arrêt ici rapporté, la Cour d'appel s'intéresse sous cet angle à la pratique des « gratuits ».

En l'espèce, en phase de lancement de produit par un fournisseur, BBR, sur le marché des produits de beauté, Monoprix, commercialisant les produits de ce fournisseur, avait sollicité auprès de lui un échantillonnage destiné à faire connaître chacune de ses références au sein d'une « Beauty Box », commercialisée par Monoprix. Selon le fournisseur, dont le produit n'aura pas rencontré le succès escompté auprès des consommatrices, 1.800 produits gratuits avaient été remis à Monoprix sur 2016 soit 14 % du nombre total de produits livrés. Suite à l'arrêt ultérieur de la relation commerciale, le fournisseur demandait la restitution de ce qu'il considérait comme un avantage disproportionné. Il est débouté en première instance.

En appel, la Cour rappelle d'abord que l'échantillonnage constitue bien un avantage au sens de l'article L. 442-6 I, 1°. Cet avantage ayant été convenu entre les parties, sans avoir été imposé au fournisseur, l'article L. 442-6 I 1° s'applique tout de même, dans la mesure où l'imposition n'est pas requise pour la mise en jeu du dispositif. On peut y voir une référence implicite à l'une des conditions du déséquilibre significatif, non invoqué ici. Au vu des données de l'espèce, l'avantage s'avère disproportionné pour la Cour, tant par rapport aux ventes effectuées en 2015 dans les « Beauty Box », que par rapport aux achats de Monoprix auprès de BBR en 2016. La Cour relève que cette opération de promotion portant sur 1.800 produits était d'une très grande ampleur pour BBR et avait engendré pour lui un coût important de 24.200 euros, équivalent à 85 % des ventes réalisées en 2015 dans le réseau d'enseigne « Beauty Monop ». Ainsi, pour ce fournisseur qui avait vendu 2.107 unités sur l'année 2015, soit seulement 400 unités de plus, cette participation ne pouvait se justifier que dans la perspective de la réalisation des prévisionnels de 2016 car, même s'il n'était pas démontré que Monoprix s'était engagée à acheter les 350.000 unités dudit prévisionnel, BBR ne pouvait s'attendre à une commandes de seulement 11.112 pièces en 2016. Monoprix a donc bénéficié en 2016 de près de 14 % des produits livrés par BBR à titre gratuit, ce qui représentait un avantage disproportionné. La Cour reprend quasiment mot pour mot la solution de l'arrêt de la Cour de cassation de 2012, à ceci près qu'elle indique expressément que le distributeur, s'agissant du niveau de chiffre d'affaires réalisé par lui sur les produits concernés ou de la progression significative des ventes pendant la période de référence concernée, supporte une « obligation de moyen », quand la Cour de cassation indiquait que le distributeur n'était « pas tenu à une obligation de résultat », mais sans pour autant affirmer l'existence d'une telle obligation de moyen. Faiblesse du chiffre et absence de progression significative des ventes continuent en revanche à constituer des éléments d'appréciation de cette disproportion manifeste, lesquels doivent être confortés par d'autres indices. En l'espèce, ces autres indices existent. Ils sont constitués d'une part, par le contexte de l'accord commercial de 2016 et l'absence de réponse de Monoprix sur les quantités à commander, malgré les demandes réitérées du fournisseur, qui a pu se croire confortée dans son prévisionnel par le silence du distributeur et, d'autre part, par les chiffres réalisés en 2015. La croyance faussée, au vu des circonstances, peut donc conduire à l'octroi d'avantages démesurés passibles de l'application de l'article L. 442-6 I 1°. En pratique et au vu de la mauvaise réputation des gratuités (avantages en nature), n'aurait-il pas été préférable de convenir par exemple d'une opération spéciale de lancement donnant lieu à une remise idoine, d'un pourcentage équivalent à l'avantage en nature précité ? Au vu de la jurisprudence passée, cela reste quoi qu'il en soit à apprécier dans les limites de la disproportion manifeste.

Reste la détermination de l'ampleur de la disproportion, puisque se posait la question de la restitution de ladite disproportion, « *une part de ces produits ayant nécessairement servi à améliorer la distribution des produits ByeByeRacines* ». En première instance, le Tribunal avait comparé, pour déterminer cette disproportion, le coût de l'avantage pour BBR au regard du coût de revient des produits remis à titre gratuit, cinq fois moins élevé que ses prix, au vu de la marge de 80 % avancée par BBR lui-même. Sur cette base, le Tribunal avait jugé que Monoprix n'avait pas bénéficié d'un avantage disproportionné. La Cour infirmant le jugement, dit que cette comparaison n'est pas pertinente, car il y a lieu de comparer le coût de

l'avantage consenti par BBR, au bénéfice commercial qu'il en a retiré, soit de confronter le prix de vente des produits délivrés à titre gratuit à Monoprix, et qu'il aurait pu vendre à titre onéreux, et son chiffre d'affaires réalisé avec Monoprix en 2016. L'avantage n'est pas apprécié « en dedans » mais, eu égard au prix de vente de produits donc intégrant la marge du fournisseur et qui, au lieu d'être attribués gratuitement, auraient pu être vendus. La rationalité économique de ce genre d'opération s'oppose à ce qu'elle soit appréciée comme une œuvre de bienfaisance...

J-M-V

Agen, 13 juin 2018, n° 15/01348

Franchise et fichier de clientèle

Un franchisé d'une activité de salon de beauté et d'épilation vend son fonds de commerce comprenant enseigne, nom commercial, clientèle et achalandage, à l'exception de l'enseigne franchisée Epil Story. Le nouveau propriétaire du fonds ne conclut pas de contrat de franchise Epil Story mais poursuit l'exploitation en utilisant des éléments d'apparence identiques aux membres de la franchise et le slogan « *l'épilation professionnelle sans rendez-vous* ».

Le franchiseur l'assigne en contrefaçon, ce que rejette le TGI sans être contesté en appel. En revanche le Tribunal, confirmé en cela par la Cour, qualifie de parasitisme économique la similitude de l'agencement des locaux, du mobilier et de sa disposition, des couleurs utilisées et des affiches de vente.

L'acquéreur du fonds conteste en retour l'utilisation par le franchiseur du fichier clientèle accessible par un logiciel et entend lui interdire cette utilisation. Il est débouté de sa demande. Pour la Cour, « *il suffit de préciser les éléments suivants : - le fichier des clients géré par la société Avomak lui a été confié par (le franchiseur), est lié à l'appellation Epil Stoty n'est mis à disposition que des seuls franchisés. - les abonnements inscrits dans ce fichier, liés à la franchise, n'ont pas été transmis à (l'acquéreur) lors de la cession du fonds. - il appartenait à (l'acquéreur du fonds) de gérer la clientèle qu'elle pouvait développer au titre de son activité professionnelle sur un logiciel, ou tout autre support, qui lui était propre* ». Il ne s'agit pas ici de la clientèle elle-même, mais du fichier informatique support de la clientèle. L'acquéreur du fonds n'a aucun droit à l'exploitation du fichier automatisé, c'est-à-dire de l'outil permettant de recenser et de gérer la clientèle qui lui a pourtant été transmise lors de l'acquisition du fonds, l'outil étant géré par le franchiseur via une société spécialisée. Le franchiseur est également en droit de poursuivre l'exploitation des abonnements, inscrits dans ce fichier et liés au réseau de franchise, étant rappelé que dans le commerce, les abonnements constituent un élément fort d'identification de la clientèle et de fidélisation. Selon la Cour, il appartient à l'acquéreur du fonds de reconstituer un fichier automatisé de « *la clientèle qu'elle pouvait développer au titre de son activité personnelle* ». Et la clientèle attachée au fonds acheté ? Non identifiée sur un fichier accessible, l'acquéreur du fonds devait attendre qu'elle se présente à l'institut pour ensuite obtenir ses coordonnées et les intégrer dans son propre fichier ; ou aurait-il fallu qu'il demande au cédant du fonds de l'identifier lui-même avant la cession sur un fichier propre et autonome du fichier Avomak. La question se serait alors posée de la clientèle sous abonnement : cette clientèle était-elle transmissible hors le cadre du réseau ? La décision a des antécédents (Chambéry, 2 oct. 2007, n° 06/01561). La question est sensible pour le franchiseur comme pour le franchisé. Or si les contrats de franchise stipulent usuellement que le franchisé est propriétaire de sa clientèle, la question des fichiers de clientèle est encore trop souvent délaissée contractuellement.

M-P-B-D

Aix-en-Provence, 21 juin 2018, n° 16/05290

Contrats de bière : appréciation des effets du remboursement anticipé d'un prêt sur l'exécution de l'engagement d'approvisionnement exclusif

Un exploitant de débit de boissons était lié avec un brasseur par un contrat d'approvisionnement exclusif et de fourniture exclusive en contrepartie du cautionnement solidaire d'un prêt stipulé pour une durée de 5 ans, et de quotas d'achats. Il était également lié avec l'entrepoteur du brasseur par un contrat stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif « *pendant la durée du financement d'un prêt* », dont le remboursement était également prévu sur une période de 5 ans. Ces prêts étaient destinés à financer des travaux dans le fonds de commerce de l'exploitant. L'exploitant rembourse de façon anticipée le prêt accordé par l'entrepoteur puis cède son fonds de commerce. Le cessionnaire ne respectant pas ses engagements d'approvisionnement exclusif, le brasseur et l'entrepoteur l'assignent en rupture anticipée et fautive des contrats d'approvisionnement exclusifs et réclament des pénalités à ce titre. En défense, le