

Apparemment impeccable, ce raisonnement ne paraît guère appeler d'observation particulière. Simplement, à y regarder de plus près, sans doute est-il possible d'affirmer que la Cour d'appel a peut-être été un petit peu vite en besogne.

En effet, celle-ci a apparemment brûlé les étapes lorsque, sitôt mise de côté la clause d'élection de for, elle a immédiatement et sans autres explications dirigé son regard vers l'article 7 1°) du Règlement Bruxelles 1 bis, règle de compétence spéciale propre à la matière contractuelle. On sait en effet que, traditionnellement, la Cour de cassation, dans l'ordre international, insérait l'action fondée sur la rupture brutale de relation commerciale établie dans la matière délictuelle (Com, 18 janvier 2011, n°10-1185 ; 13 décembre 2011, n°11-12024). Ce qui, dans le contexte Bruxelles-Lugano, la menait à l'article 5.3° (aujourd'hui 7.2°) qui, en matière de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, permet à la victime de porter son action devant « le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Cependant, la CJUE, dans son arrêt Granarolo du 14 juillet 2016 (Lettre distr. septembre 2016), a retenu une solution plus nuancée, mais sans doute aussi plus compliquée : tandis que la responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie sera sans conteste de nature contractuelle en présence d'un accord-cadre de distribution, elle pourra l'être également si est démontrée une relation contractuelle tacite. Pour ce faire, la Cour a invité les juges nationaux à se fonder sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée.

Dans le cas présent, il ne semble pas qu'ait existé entre les deux partenaires un accord-cadre de distribution, leur relation commerciale consistant en une succession de ventes opérées entre les années 2012 et 2016. Faute d'avoir constaté l'existence d'un accord-cadre de distribution, la Cour se devait à tout le moins de caractériser, suivant la méthode livrée par la CJUE, une relation contractuelle tacite. Mais elle ne le fait pas, et de façon trop rapide arrête sans plus de justification la qualification contractuelle. Sans doute cette omission s'explique-t-elle par la difficulté qu'il y aura parfois à identifier et à qualifier la fameuse « relation contractuelle tacite », particulièrement lorsque la relation commerciale se compose simplement d'une succession de contrats. Ici, la Cour affirme, au titre de la relation contractuelle, y voir une vente de marchandises, qualification menant à la compétence du tribunal du lieu de livraison des marchandises. Il y a, on le sent bien, artifice à vouloir, en présence d'une simple succession de ventes, sans accord-cadre, faire ressortir l'existence d'une relation contractuelle distincte des différentes ventes formant la relation, et l'on comprend que, durant toutes ces années, la Cour de cassation ait opté pour une qualification extracontractuelle. Sans doute l'application de l'article 7, dans le contexte de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, réserve-t-il encore bien des surprises.

F.L

2012 ; Lyon 13 juill. 2012 : CCC 11/2012 comm. 253). L'arrêt sous commentaire participe de ce mouvement.

Après deux années de relations contractuelles, le mandant avait dénoncé sans motif le contrat en respectant un préavis de deux mois. L'agent prétendait obtenir une indemnité de deux années de commissions. Pour ce faire, ce dernier rappelait opportunément que selon « une jurisprudence constante, cette indemnité s'établit à deux années de commissions brutes, peu important la durée du contrat ». La Cour d'appel ne l'entend pas ainsi et précise d'abord en réponse que « cette règle reste une règle d'usage qui ne lie pas le juge ». Cet usage peut donc être écarté « pour permettre une meilleure adéquation de l'indemnité, entre le préjudice subi et le montant de cette indemnité ». L'usage écarté, la Cour fait sienne l'analyse du préjudice réalisée par le Tribunal de commerce. Ainsi, est d'abord prise utilement en considération la durée des relations, ici limitée à deux années. La référence ensuite à « l'importance du travail de prospection » et « à l'évolution plus modeste du chiffre d'affaires » est plus discutable dès lors que la France a opté pour une indemnité de fin de contrat déconnectée de l'apport de clientèle (art. 17.2 c/ 17.3 de la Directive). L'indemnité doit donc être limitée à une année de commissions. Il est par ailleurs intéressant de noter que le Tribunal avait pris soin de rappeler que « l'indemnité compensatrice n'est pas la contrepartie d'une prestation à titre onéreux et ne peut, par application de l'article 256 du code général des impôts, être soumise à la TVA ».

L'agent sollicitait en outre la réparation de son préjudice subi au titre du « caractère brutal ou abusif de la rupture ». Le caractère apparemment alternatif de cette demande laisse perplexe. S'il s'agit d'une rupture brutale, l'on sait en effet que seul l'article L442-6-1-5° C. com. doit en principe fonder cette demande. Or, ces dispositions sont inapplicables aux agents commerciaux dès lors que la loi spéciale aux agents fixe la durée du préavis à respecter (Com 3 avr. 2012, n°11-13.527 et n°11-15.518 ; Aix-en-Provence 16 janv. 2014, n°12/09468 ; Paris 5 févr. 2015, n°13/11944). S'il s'agit d'un abus dans la rupture et même si cette réparation distincte de l'indemnité de fin de contrat aurait pu être discutée, encore fallait-il démontrer les circonstances de la rupture qui caractérisent cet abus et justifient un préjudice économique distinct voire une atteinte à la réputation de l'agent et donc un chef de dommage moral autonome (Aix-en-Provence 26 févr. 2015, n°14/11003, sur renvoi de Com. 4 févr. 2014, n°12-14466). Or, rien de tout cela en l'espèce. L'intensité de ce mouvement de reflux sera-t-elle équivalente à celle constatée en matière d'action fondée sur la rupture brutale de relations commerciales établies ? L'avenir nous le dira (cf. *Flux et Reflux de la rupture brutale d'une relation commerciale établie*, ss. dir. C. Mouly, LexisNexis, coll. Act. dr. entr., t. 35, 2018).

A.L

CEPC, avis 18-01 et 17-12

Deux avis CEPC en matière de paiement : Avoirs et base ristournable – Transit des règlements par un établissement financier

La CEPC a récemment mis en ligne deux avis en matière de conditions et modalités de règlement dans les relations commerciales.

1. Avoirs et base ristournable : L'avis n°18-01 traite de la déductibilité ou non des avoirs émis par le fournisseur, de l'assiette du chiffre d'affaires réalisé avec un client, pour le paiement des avantages financiers arriérés (remises différées, RFA, rémunération de services).

La CEPC était questionnée sur la légalité de la demande d'un acheteur à un fournisseur, de voir déduire de l'assiette de chiffre d'affaires (sur laquelle est calculée la remise de fin d'année -RFA-) uniquement les avoirs pour retour de produits, sans déduire les autres types d'avoir émis par le fournisseur, notamment ceux pour protection de stock ou pour sell-out ou encore toute autre sorte d'avoir. Tout avoir venant *in fine* minorer le montant du chiffre d'affaires net hors taxe, pris en compte pour le calcul des ristournes ou les rémunérations de services déterminées en pourcentage du chiffre d'affaires, conduit à voir majorer ces avantages financiers.

La CEPC souligne d'abord que le prix convenu est modifié par l'émission d'un avoir, lequel justifie pour l'acheteur un « droit à remboursement » : « Lorsqu'il se rapporte au prix convenu, [l'avoir] modifie le prix unitaire net des produits et doit donc être pris en compte dans la détermination de la base sur laquelle sont fixées les rémunérations de service ou les réductions de prix ». Pour autant et constatant que l'assiette d'un certain nombre d'éléments de rémunération entre fournisseur et distributeur étant constituée du « chiffre d'affaires ristournable », ou chiffre d'affaires net facturé, non défini légalement, la CEPC considère que cette assiette relève de la liberté contractuelle. Ce n'est que s'il n'en a pas été convenu autrement entre les parties, qu'elle recommande qu'un avoir émis par le fournisseur, qui modifie le prix unitaire des produits, soit intégré (on comprend « déduit ») dans le calcul (on comprend « déduit de l'assiette »), des réductions de

Points de vue pratiques

Versailles, 12^e ch. 2^e section, 13 février 2018, n°16/05818

Indemnisation des agents : dénoncer « l'usage » et réparer le seul préjudice !

L'usage, ou plutôt la « pratique prétorienne » (D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, LexisNexis, 2017, 8^e éd., n° 237), consistant pour les tribunaux à fixer, sans autre explication, l'indemnité due aux agents commerciaux à deux années de commissions était dénoncé par un auteur il y a quelques années en ces termes : « certains juges du fond se laissent parfois aller à la facilité d'une évaluation quasi forfaitaire du préjudice extrêmement, voire excessivement, favorable à l'agent ». Et cet auteur d'en conclure : « Rares sont ceux qui se démarquent » (N. Mathey, Calcul de l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial, CCC 11/2012, comm. 253). Au regard des décisions les plus récentes, régulièrement rapportées par la Lettre, il semblerait qu'un mouvement de reflux soit en marche (Lettre distr. juin 2017, Paris 30 mars 2017, n°15/15977 ; Lettre distr. octobre 2017 ; Paris 2 nov. 2017, n°16/13857). Mouvement qui se traduit par une analyse *in concreto* du préjudice subi par l'agent, les magistrats rappelant depuis longtemps que « ces décisions antérieures (deux ans de commissions) ne dispensent pas le Tribunal de respecter strictement les dispositions de l'Article 12 de la loi du 25 juin 1991 et donc d'analyser en détail les préjudices réellement subis » (T. com. Paris 15 oct. 2001 : Lettre distr. décembre 2001 ; Paris 6 sept.

Points de vue pratiques

prix ou rémunérations des prestations de service. Notons le rappel, utile, par référence à un précédent avis n° 10-15, que les sommes versées aux consommateurs en vertu de mandats donnés aux distributeurs (les NIP) n'entrent pas dans la définition du chiffre d'affaires ristournable.

Au plan pratique et afin d'éviter les discussions sur la consistance de l'assiette des ristournes, les fournisseurs seront bien avisés de stipuler dans leurs CGV et plus généralement les accords négociés (CPV, convention écrite), l'assiette des paiements « arrières ». Certains fournisseurs excluent par exemple de cette assiette la rémunération de coopération commerciale, le chiffre d'affaires réalisé avec les magasins DOM COM d'un enseigne nationale.... De plus et dans la mesure où les NIP n'en restent pas moins, en fait, une mécanique promotionnelle préférée à celle d'une réduction de prix consentie directement au distributeur ou à d'autres « budgets » (ex. coopération commerciale), rien ne s'opposerait de notre point de vue, à ce que les parties conviennent de déduire ces NIP de l'assiette du chiffre d'affaires net ristournable, d'autant que ces derniers peuvent atteindre des montants importants rapportés au chiffre d'affaires réalisé. Mais plus facile à dire qu'à mettre en pratique... avec un risque potentiel d'augmentation du taux en « compensation » de la diminution de la base ristournable du fait de l'imputation des NIP.

2. Transit des règlements par un établissement financier (situé à l'étranger) : L'avis n°17-12 concerne une modalité particulière de paiement présentée comme une « prestation d'affacturage » et la légalité d'une pratique commerciale d'une centrale de référencement en matière de règlement des factures du fournisseur par les adhérents de ladite centrale.

En l'espèce et dans la continuité de la négociation, un contrat est conclu entre un fournisseur et un établissement financier situé à l'étranger et par lequel les règlements des adhérents « transitent ». S'opère ainsi une centralisation des paiements dans le cadre de laquelle l'établissement financier s'engage, sous certaines conditions de nature documentaire, pour le compte des adhérents de la centrale, à payer les factures émises par le fournisseur et en garantit le paiement. En contrepartie, la banque perçoit du fournisseur une rémunération sous forme d'une commission de 1,4% au titre de cette prestation de « règlement centralisé ». De plus, les paiements pouvant être anticipés par la banque, celle-ci applique un taux d'escompte convenu entre le fournisseur et la centrale (en l'espèce 1,4%. V. toutefois les précisions en fin d'avis, faisant état de cet escompte facturé par l'établissement financier à l'adhérent, et générateur selon nous de confusion sur l'identité du débiteur de ces 1,4%). Au-delà de l'escompte pour paiement anticipé qui aurait pu être convenu sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir un établissement financier, la mécanique occasionne un coût pour le fournisseur qui, peut-être, s'est vu un peu forcer la main pour y avoir recours, quand bien même d'ailleurs y trouverait-il finalement avantage. Le cas d'espèce illustre plus largement le sujet des outils mis en place unilatéralement par une partie afin d'optimiser la gestion des charges administratives dans le cadre d'une relation commerciale, mais dont il est demandé à l'autre partie de supporter une partie du coût. L'affaire n'est d'ailleurs pas sans rappeler, toutes proportions gardées, l'un des premiers avis de la CEPC concernant des pratiques ayant pour objet, au titre de la massification des achats, des demandes de participation financière des fournisseurs égale à un pourcentage du chiffre d'affaires des achats réalisés auprès d'eux-mêmes par les adhérents d'une centrale de référencement (Avis n° 04-02).

Pour rendre son avis, la CEPC, se référant aux termes de la saisine, s'interroge sur la question de savoir si le recours du fournisseur à l'établissement financier assurant la centralisation des paiements se trouve imposée (utilisation obligatoire) ou simplement proposée (utilisation facultative) par la centrale de référencement.

Au plan des délais de paiement qu'occasionnerait cette procédure qui, selon l'auteur de la saisine, conduirait à des paiements au-delà des délais légaux, la CEPC précise que tout prestataire de service (ici la centrale) peut configurer comme il l'entend son offre dès lors qu'il n'en résulte pas une atteinte à des règles impératives : « *Quel que soit le système de paiement mis en place, le fournisseur doit être payé dans les délais de l'article L. 441-6 du code de commerce* ». En l'occurrence, l'offre d'intervention de l'établissement financier, fût-il situé à l'étranger, pour assurer la centralisation des paiements, ne saurait toutefois être considérée en elle-même comme contraire à une règle impérative de droit français.

Au plan du recours à l'établissement financier « payeur », la CEPC n'émet aucune objection sur la pratique si l'intervention de l'établissement financier n'est pas imposée au fournisseur. Mais il en va différemment si ce recours est imposé, le cas échéant en présence d'une exclusivité des adhérents avec vis-à-vis de leur centrale, s'opposant à une relation directe avec le fournisseur. Si l'exclusion du fournisseur ne recourant pas au service proposé, analysé par la CEPC comme un refus d'achat, n'est pas en soi contestable au plan des pratiques restrictives de concurrence (la question pouvant se poser différemment au plan des PAC si l'établissement d'une relation avec les adhérents constitue pour le fournisseur une condition d'accès au marché), ledit fournisseur pourrait chercher à faire valoir, du

fait de l'obligation qui lui serait imposée de faire transiter les paiements par l'établissement financier étranger s'il veut traiter avec des adhérents de la centrale, le caractère significativement déséquilibré de la relation avec l'établissement financier voire avec la centrale de référencement, sur le fondement des articles L. 442-6 I 2° C. com. ou 1171 C. civ. Au plan du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2°, la condition d'imposition n'est abordée par la CEPC qu'en tant qu'hypothèse. On comprend ensuite, si notre lecture de cet avis, légèrement obscur sur la fin selon nous, s'avère correcte, que la recherche de rééquilibrage pour exclure la notion de déséquilibre significatif en cas de proportionnalité de la contrepartie apportée au fournisseur au titre des droits et obligations, pourrait lorsqu'il est question d'appliquer L. 442-6 I 2°, se mesurer à l'aune de l'article L.442-6 I 1° qui vise lui aussi l'équilibre des contreparties.

Au-delà de ce cas d'espèce, il faudra au plan pratique retenir que la délocalisation des paiements n'est pas à coup sûr un biais pour faire abstraction de la réglementation française sur les délais de règlement, et que les procédés d'optimisation de la relation commerciale sujet à « contribution volontaire obligatoire » peuvent donner lieu à examen critique.

J.M-V

Paris 28 février 2018, n°16/02263

Distribution sélective et e-commerce

La Cour d'appel de Paris rend une nouvelle décision très étayée sur l'accès des sites internet à la distribution des marques de luxe.

Rappelons le contexte. SHOWROOMPRIVE.COM a lancé plusieurs campagnes de ventes afin d'écouler les stocks de produits des marques du groupe Coty, distribués via un réseau de distribution sélective. Coty met en demeure SHOWROOMPRIVE.COM de cesser ces ventes, lequel réagit en sollicitant son agrément en qualité de distributeur agréé. Coty refuse au motif qu'il ne dispose pas de point de vente physique, mais SHOWROOMPRIVE.COM persiste dans cette distribution. Coty l'assigne donc en concurrence déloyale et parasitaire. Classiquement, SHOWROOMPRIVE.COM se défend en contestant la licéité du réseau de distribution sélective des produits du groupe Coty. Notons qu'en préliminaire, le site web a contesté la validité des constats d'huissier pour absence d'autorisation judiciaire préalable au constat et absence de signalement de sa qualité par l'huissier.

La Cour confirme ici le changement de cap amorcé en référé dans une autre affaire de vente en ligne de parfums sous distribution sélective impliquant le site Brandalley et les cosmétiques du groupe L'Oréal (CA Paris, Pôle 1, Ch. 2, 2 nov. 2017, n°17/03300, Lettre distr. novembre 2017), après une décision antérieure extrêmement sévère pour les marques et la distribution sélective rendue par la même Cour (CA Paris, 25 mai 2016, n°14/03918, Lettre distr. juin 2016). Le fondement de la contestation est toujours le même.

Selon le distributeur en digital, le réseau de distribution sélective Coty ne pourrait bénéficier de l'exemption du règlement UE 330/2010 car il contiendrait plusieurs clauses constituant des restrictions caractérisées. Selon la société Coty, ces clauses n'auraient pas même besoin d'être exonérées dans le cadre de l'exemption, dont on rappelle qu'elle est liée à la part de marché, car elles ne présentent pas de caractère anticoncurrentiel. C'est donc à un examen approfondi du caractère anticoncurrentiel prétendu de chacune des clauses que la Cour procède, pour conclure à leur licéité et, partant, à celle du réseau :

– **Les agents d'achat :** Le contrat ne permet la vente aux agents d'achats (comprendons les comités d'entreprise) que dans la mesure où les consommateurs se déplacent, individuellement et personnellement dans le point de vente pour acheter, en pouvant d'ailleurs bénéficier des remises octroyées par le détaillant agréé.

– **L'interdiction de revente hors réseau :** L'interdiction est ainsi rédigée : le distributeur agréé, qui prend l'engagement de ne pas vendre les produits à des revendeurs non agréés, peut revendre les produits à tout autre distributeur agréé de Coty installé en France ou dans un autre pays de l'Union Européenne. Or selon SHOWROOMPRIVE.COM, Coty ne justifie pas que son système de distribution sélective couvre tous les territoires des États-membres et la clause, telle que rédigée, ne mentionne pas expressément que cette interdiction vise seulement les marchés sur lesquels une telle distribution a été mise en œuvre. Coty réplique que la clause a toujours été rédigée en ce sens et sous-entend que l'interdiction ne peut s'appliquer qu'aux territoires dans lesquels un tel système est mis en place. La Cour d'appel ne retient pas l'évidence de la clause avancée par Coty et rappelle que les clauses doivent être claires et dépourvues de toute ambiguïté. Une interprétation aussi stricte pourrait inquiéter certaines marques. Cependant, si la clause n'est effectivement pas jugée suffisamment claire, Coty prouve avoir mis en place un système de distribution sélective de