

Points de vue pratiques

avec chaque fournisseur et s'est abstenue de répondre aux différentes lettres adressées par [l'Affiliée] pour obtenir, par tout moyen, des informations complètes sur ces points, incluant les budgets, se contentant de transmettre un décompte des ristournes accordées pour les années 1997 et 1998, établi par ses soins ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui ne s'est pas bornée à tirer les conséquences du défaut de communication des contrats-cadres, mais a aussi pris en considération l'absence de remise de tout autre document comportant des informations objectives permettant à l'affiliée de s'assurer que l'intégralité des sommes encaissées, pour son compte, lui avaient été reversées, a, sans méconnaître le droit au secret des affaires, pu en déduire que la Centrale n'avait pas exécuté son obligation de rendre des comptes ». Elle considère que le droit de l'Affiliée à la reddition de compte, reposant sur une clause contractuelle, ne pouvait céder devant le droit de son obligé, au secret des affaires. Si, en effet, la teneur des négociations commerciales avec les fournisseurs est susceptible de constituer des secrets d'affaires au sens de l'article L. 151-1 du Code de commerce (voir en ce sens Com. 8 juin 2017, n° 15-27146 ; Lettre distr. juin/juill. 2017 ; S. Chaudouet, *Quand le droit à l'information pèse, mais ne rompt pas devant le secret des affaires dans les contrats d'intermédiation* (1^{ère} partie), Rev. Lamy dr. aff. n° 146, 1^{er} mars 2019), il demeure qu'une clause du contrat obligeant celui qui oppose le secret des affaires à la reddition de comptes s'impose au titre de la force obligatoire du contrat (Com., 25 nov. 2014, n° 13-24306 ; S. Chaudouet, *Quand le droit à l'information...* (2^{ème} partie), Rev. Lamy dr. aff. n° 147, 1^{er} avril 2019).

La Cour relève que les juges du fond ne se sont pas contentés de constater l'absence de communication des contrats-cadres, mais celle de « tout autre document comportant des informations objectives permettant à l'affilié de s'assurer que l'intégralité des sommes encaissées, pour son compte, lui avait été reversées ». En ce sens, la Cour laisse entendre que l'opposition du secret des affaires ne ressort pas d'un motif légitime puisque la Centrale aurait pu, par exemple, faire intervenir un tiers expert pour consulter les documents justifiant le montant des ristournes perçues pour le compte de l'Affiliée, en produisant par exemple une attestation de son expert-comptable.

En l'absence de clause stipulant expressément une obligation de reddition de comptes, les suites du contrat selon sa nature, peuvent autoriser le juge à identifier une telle obligation. Cette dernière est issue de la loi régissant l'opération de mandat, l'article 1193 du Code civil dispose « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration ». Or, cette obligation applicable au mandataire, commissionnaire ou courtier, est de la nature même de tout contrat d'intermédiation. Reste à définir, en l'absence de clause, les informations qu'est légitimement en droit d'attendre l'intermédiaire en cause (S. Chaudouet, 2^{ème} partie, préc.).

L'obligation de reddition des comptes peut également découler du principe de loyauté contractuelle. La Cour de cassation, faisant application de ces principes, a jugé qu'une société franchisée ne pouvait imposer à son franchiseur de lui révéler la teneur de ses négociations avec les fournisseurs, ces dernières relevant du secret des affaires, mais seulement d'en faire connaître l'issue au distributeur considérant que « la demande de production des éléments de preuve litigieux détenus par la société Bricorama qui ne relevait pas de la nature du contrat ni de la loyauté contractuelle et n'était pas justifiée par un intérêt légitime, a pu retenir qu'il n'y avait pas lieu d'y faire droit » (Com., 8 juin 2017, n° 15-27146). Dans cette affaire, le contrat ne prévoyait pas le mode de calcul des ristournes, ni d'obligation de reddition de comptes et le franchisé, suite à la résiliation de son contrat de franchise, s'était affilié, à une enseigne concurrente.

En pratique, il convient d'anticiper la qualification des flux financiers relatifs aux relations entre les centrales de référencement, négociant et/ou concluant des accords avec les fournisseurs au nom et pour le compte de leurs affiliées, les affiliés et leurs fournisseurs. Les ristournes relevant des conditions de vente du fournisseur, et devant à ce titre être reversées aux affiliées, sont susceptibles d'être l'objet de l'obligation de reddition de comptes. À l'inverse, les prestations de services rendues par la centrale aux fournisseurs doivent être facturées par cette dernière, relèvent de la politique tarifaire de la centrale, et n'entrent pas, par nature, dans le champ de la reddition de comptes. Bien entendu sous réserve du contrôle du juge quant à la réalité de ces prestations et la proportionnalité de leur rémunération au service rendu.

K.B

Crim., 13 juin 2019, n° 17-87364

Visites domiciliaires (OVS) et entreprises tierces : l'article L. 450-4 à l'épreuve de la CEDH

Les droits de la défense vus sous l'angle de l'égalité des armes et du droit à un recours effectif auront été récemment malmenés dans le cadre d'une procédure de recours contre le déroulement d'une visite domiciliaire incidente, mais

la Cour de cassation vient de les restaurer à l'occasion d'un arrêt du 13 juin dernier.

1. Le contexte. Dans l'affaire rapportée, une entreprise avait fait l'objet d'une enquête « lourde », sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, suite à une ordonnance du JLD de Paris en date du 24 mai 2014 autorisant les visites et saisies dans ses locaux, sur requête des services de l'ADLC. La requête de l'ADLC s'inscrivait dans la lignée de l'exécution de précédentes visites et saisies autorisées par ordonnance du JLD de Bobigny en octobre 2013 auprès d'acteurs du secteur. Des pièces et documents saisis au cours de ces OVS pouvaient en effet laisser présumer que l'entreprise précitée, pourtant non concernée par la première vague de visites domiciliaires en 2013 avait pu, elle aussi, participer aux pratiques qui avait donné lieu à ces premières visites. Pour motiver sa requête afin d'être autorisée à procéder à de nouvelles visites au sein de l'entreprise non concernée par les visites domiciliaires initiales, l'ADLC avait produit au JLD de Paris des pièces extraites des saisies pratiquées lors des visites de 2013 (extraits de cahier de notes et autres tableaux etc.). Munis de l'ordonnance obtenue pour l'exécution de la mesure, les enquêteurs n'ont toutefois pas estimé nécessaire de notifier à l'entreprise visitée tant les procès-verbaux des OVS de 2013, que l'inventaire de pièces alors saisies et qui, précisément, avaient conduit l'ADLC à envisager une seconde vague d'OVS (OVS incidentes).

2. La controverse. Le cadre ainsi posé, le débat portait sur l'interprétation de l'alinéa 12 de l'article L. 450-4 alinéa 12 du Code de commerce, relatif au recours porté devant le premier président de la Cour d'appel, contre le déroulement des opérations de visite. On le rappelle, ce recours est ouvert, notamment, à la personne à l'encontre de laquelle a été prise l'ordonnance d'autorisation de visites et saisies, mais aussi « aux personnes mises en cause au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations ». Ce recours doit être intenté « dans un délai de dix jours » à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire pour la personne à l'encontre de laquelle a été prise l'ordonnance ou, « pour les personnes n'ayant pas fait l'objet de visite et de saisie et qui sont mises en cause, à compter de la date à laquelle elles ont reçu notification du procès-verbal et de l'inventaire et, au plus tard à compter de la notification de griefs (...) ». Au demeurant et bien que cela ne ressorte ni de l'arrêt d'appel ni de celui de la Cour de cassation, l'article précité, en son alinéa 10, dispose qu'une copie du procès-verbal et de l'inventaire, remis à l'occupant des lieux ou à son représentant, doit également être « adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux personnes mises en cause ultérieurement par les pièces saisies au cours de l'opération ». L'information obligatoire des tiers ultérieurement mis en cause, se veut ainsi la condition première pour l'exercice de leur droit à recours contre l'exécution d'une visite qui les met, de manière consécutive, en situation d'auteur présumé.

Dans ces conditions, difficile de prétendre que la notification du PV de visite et d'inventaire des pièces saisies pendant les premières visites de 2013 et remis à l'entreprise initialement visitée dès la fin des opérations pour l'ouverture de son droit de recours sous 10 jours, n'ait pas lieu d'être notifié avec la même finalité à l'entreprise tierce par la suite visée par une ultérieure ordonnance. Ladite entreprise, si elle n'était pas en cause au jour des visites initiales, accède suite aux premières visites, au rang des parties à l'entente présumée et au peu enviable statut de « mis en cause » dès que sa situation, au regard des faits présumés, conduit à diligenter à son encontre une enquête lourde. Plus généralement, si sa culpabilité ne peut être préjugée au stade des visites initiales ou incidentes qui la concernent, toute entreprise visitée n'en est pas moins touchée par une présomption de participation à des pratiques pouvant être illicite que seule une instruction au fond permettra, le cas échéant, d'établir. L'entreprise, cible de visites et saisies incidentes, donc différées car consécutives à sa suspicion au vu des éléments recueillis lors de premières visites, ne devrait-elle pas comme les entreprises initialement visitées, être mise en situation de pouvoir mettre en action son droit à recours effectif le plus rapidement possible, si sa mise en cause est, elle aussi, effective ?

En effet, l'article L. 450-4 alinéa 12 du Code de commerce, pris à la lettre, ne confère pas à la partie requérante (l'ADLC), un droit discrétionnaire à différer le moment à partir duquel cette notification doit effectivement survenir, faisant elle-même courir le délai de recours. On pourra certes objecter que, bien que précisant un point de départ de la computation du délai de recours à partir de la notification du PV et de l'inventaire, le texte s'avère assez lacunaire quant au moment où cette notification doit intervenir effectivement. Cette imprécision relative fait néanmoins la part belle à l'ADLC, décisionnaire du moment de la notification, et donc de l'ouverture du recours, et ce au détriment de l'entreprise concernée. Le texte redevient en revanche précis, lorsqu'il fixe comme le point de départ ultime de computation du délai de recours de 10 jours un deuxième genre de notification, mais de griefs cette fois-ci. On se situe déjà à un stade bien avancé la procédure pour ce qui est des charges qui pèsent sur l'entreprise.

Points de vue pratiques

En l'état, l'entreprise ayant fait l'objet d'une visite incidente et pouvant tout de même se considérer comme suspectée donc en cause (n'oublions pas que sa visite a pu s'accompagner de la pose de scellés, de la saisie de diverses pièces ou de messageries à laquelle n'aura pas pu s'opposer sauf à commettre une obstruction. Rapp. ADLC, 22 mai 2019, n° 16-D-19, Lettre distr. juin 2019, nos obs.), ce que la notification de grief viendra entériner - ne peut engager son recours contre les OVS initiales avant que ne survienne l'une ou l'autre des notifications (PV ou notification de grief) sur lesquelles l'ADLC garde la main. Paradoxalement, les entreprises initialement visitées auront quant à elles pu tenter un tel recours dès la notification de l'ordonnance (recours contre l'ordonnance. Art. 450-4 al. 6), ou la fin des opérations et la remise du PV et de l'inventaire (recours contre le déroulement. Art. 450-4 al. 12). À la limite du kafkaïen, l'entreprise visitée pourra donc former un recours à la fois contre l'ordonnance incidente la concernant et le déroulement des opérations ordonnées (Art. 450-4 al. 6 et 12), alors qu'elle ne sera pas en mesure d'engager un tel recours contre le déroulement des visites originelles qui ont permis sa mise en cause.

Malgré ce, l'ADLC ne prétendait-elle pas devant la Cour d'appel, prenant tout de même appui sur quelques exactitudes « *qu'au stade des visites et des saisies, il n'est pas possible d'établir une incrimination à l'encontre d'une entité visitée puisque les investigations ont pour objet de vérifier la réalité de présomptions d'infractions ou au contraire de les infirmer. Ce n'est qu'au terme du processus d'instruction qu'une éventuelle notification de griefs aurait pour objet de poursuivre W... pour avoir contrevenu aux règles de la concurrence. Dès lors, l'appelante n'ayant pas encore le statut de mise en cause, il en résulte que l'ADLC n'avait pas à lui notifier le PV de visite et saisie et l'inventaire dressés dans les locaux de F... et S...* ». Habilement présentée aux fins de contester la mise en cause, le moyen n'en restait pas moins fragile dans sa justification, alors que Cour d'appel allait juger dans son arrêt, qu'il existe des « *présomptions simples* » d'agissements prohibés : « *Au stade de l'enquête préparatoire, il est simplement demandé au JLD de retenir des présomptions simples d'agissements prohibés. Dès lors, c'est à bon droit que le JLD de PARIS a relevé de telles présomptions à l'encontre de la société W... et a rendu une ordonnance de visite et de saisie dans ses locaux* ». Mais la Cour d'appel emboîte le pas de l'ADLC et fait peu de cas des moyens de l'entreprise visitée qui, s'estimant sans anxiété démesurée « en cause », soutenait qu'elle aurait dû se voir notifier PV de visite et saisies et inventaires antérieurs de manière concomitante à sa propre visite : « *Elle (l'ADLC) aurait dû procéder à cette notification au plus tard le jour des OVS de mai 2014 dans les locaux de W... ou, à tout le moins, annexer à la requête dans leur intégralité les procès-verbaux et les inventaires de visite et de saisie chez F... et S..., ce qui aurait permis à W... d'exercer effectivement son droit au recours au moment des OVS de mai 2014* ». Ses moyens vont faire mouche devant la Haute Cour.

3. La solution. La Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel en donnant une interprétation selon nous conforme aux principes du procès équitable consacré à l'article 6 de la CEDH qui, au demeurant, dispose aussi du « *droit d'être informé, dans le plus court délai (...) d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». Ainsi et aux termes de l'interprétation que donne la Cour de cassation de l'article L. 450-4 du code de commerce, il sera dorénavant nécessaire aux enquêteurs de retenir que « *(...) le procès-verbal et l'inventaire établis lors d'opérations de visite et de saisie doivent être notifiés aux personnes n'ayant pas fait l'objet de ces opérations mais qui sont mises en cause au moyen de pièces saisies lors de celles-ci et qui disposent d'un recours sur leur déroulement devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge les a autorisées ; (...) se trouve mise en cause au sens de ce texte la personne visée par une demande d'autorisation de procéder dans ses locaux à des opérations de visite et de saisie sur le fondement de pièces saisies au cours d'une précédente visite domiciliaire effectuée chez un tiers ; Que le procès-verbal et l'inventaire dressés à l'issue de ces opérations antérieures doivent être annexés tant à la requête qu'à l'ordonnance d'autorisation du juge des libertés et de la détention qui doit être notifiée au moment de la visite, assurant ainsi l'exercice du droit à un recours effectif de la personne mise en cause* ».

4. Les éventuelles perspectives. Cette solution, semble pouvoir être de nature à ouvrir des horizons nouveaux en matière de recours. On songe notamment, hors visites et saisies incidentes, aux recours d'une entreprise tierce non concernée par des précédentes OVS et qui se voit notifier des griefs à l'issue de la phase non contradictoire d'une instruction qui, à un instant donné vient à la cibler, alors même que la notification de grief n'a pas encore été rédigée. Ici comme ailleurs, la conception précède la réalisation. L'arrêt rapporté nous instruit en effet, notamment, sur le fait que mise en cause et notification de grief ne se confondent pas. Alors et sauf vouloir prétendre que la notification de grief n'a pas été précédée d'un choix de « mise en cause » en phase non contradictoire de l'instruction (auditions, examen de pièces etc.), dans le cadre des diligences préparatoires à la phase contradictoire, pour quelle bonne raison l'entreprise devrait-elle nécessairement

attendre, parfois des mois et des mois, sa notification de griefs pour pouvoir engager son recours contre des visites domiciliaires tierces la mettant en cause ? Une fois encore, la situation pourrait mettre la lettre de l'article L. 450-4 du Code de commerce à l'épreuve des principes du procès équitable. À suivre.

J.-M.V

Douai, 13 juin 2019, n°16/04635 ; Toulouse, 29 mai 2019, n° 17/06076

Modalités de calcul de l'indemnité compensatrice de rupture du contrat d'agent commercial

1ère espèce : En 2010, la société DIKE DECO a donné mandat à un agent personne physique de la représenter, sans exclusivité, sur un certain nombre de départements français, en vue de promouvoir la vente d'articles de décoration. En juillet 2013, le mandant a informé son agent qu'elle reprenait directement la gestion de certains centres commerciaux et a demandé à ce dernier de ne plus démarcher ces clients. Suite à divers échanges, l'agent, par l'intermédiaire de son conseil, a pris acte de la rupture des relations commerciales et réclamé paiement d'une indemnité compensatrice de fin de contrat. La Cour constate qu'aucune faute grave ne pouvait être reprochée à l'agent et impute la rupture du contrat au mandant. Classiquement, les parties s'opposent alors sur le montant de l'indemnité à verser. L'agent demandait que les rémunérations perçues au cours de l'année 2010 (soit près de quatre ans avant la rupture) soient prises en compte pour le calcul de l'indemnité. De son côté, le mandant entendait voir l'indemnité réduite en raison de la perte du client CARREFOUR à compter de juillet 2013.

Rejetant les arguments des deux parties, la Cour privilégie le respect de l'usage et décide d'allouer à l'agent une indemnité calculée en fonction de la moyenne des rémunérations perçues sur les trois dernières années (2011 à 2013), dès lors que : - « *Monsieur ... ne peut pas sérieusement demander de prendre en compte l'année 2010 pour calculer la moyenne de son chiffre d'affaires alors que cette année est hors période* ».

- « *Quant à la société DIKE ECO qui demande de réduire l'indemnité au motif que si les relations s'étaient poursuivies, il n'aurait pas perçu de commissions dans les proportions qu'il revendique du fait de la perte du client CARREFOUR PURPAN notifiée le 15 juillet 2013, elle ne peut être suivie dans ses explications puisque l'indemnité est calculée sur les indemnités effectivement perçues et non pas sur des bases prospectives* ».

Il est, effectivement, généralement considéré que l'indemnité de cessation de contrat compense la perte de revenus résultant de la rupture, de sorte que c'est au jour de la fin du contrat que doit s'apprécier le préjudice subi en fonction des rémunérations réellement perçues par l'agent sur la période passée, sans qu'il y ait lieu à s'interroger sur l'évolution postérieure des ventes.

2ème espèce : En juillet 2010, une société de droit suisse a confié, à titre exclusif, à un agent commercial le développement des ventes de ses produits de parfumerie sur la Pologne. Par la suite, compte tenu de l'échec de la prospection du marché polonais, le territoire dévolu à l'agent a été étendu à la Russie. Aux termes du contrat, la rémunération de l'agent commercial se composait d'une rémunération forfaitaire fixe mensuelle de trois mille euros et d'une commission de cinq pour cent assise sur les ventes. En février 2013, le mandant notifie la résiliation du contrat, avec prise d'effet au 31 mai 2013, sans se prévaloir d'une faute grave de l'agent. Le débat s'est donc cristallisé sur le montant de l'indemnité de cessation et le paiement de commissions fondé sur l'article L 134-7 du Code de commerce aux termes duquel l'agent a droit à commission « *lorsque l'opération est principalement due à son activité au cours du contrat d'agence et a été conclue dans un délai raisonnable à compter de la cessation du contrat* ».

Concernant le droit à commission postérieurement à la cessation des relations :

En l'absence de clause conventionnelle précisant les conditions d'application des dispositions de l'article L 134-7, l'agent réclamait paiement d'une commission, équivalente à 5% des ventes réalisées par le mandant avec un client russe, sur une période de 25 mois suivant la cessation du contrat. Sur le principe, le droit à commission n'était pas contesté dès lors qu'il était démontré que la relation commerciale nouée par le mandant avec le client russe résultait du travail de prospection de l'agent avant la rupture et que des ventes avaient été conclues postérieurement à cette date. En revanche, concernant la période à prendre en compte, la Cour confirme la position, plus raisonnable, des premiers juges qui avaient retenu un délai de trois mois, lequel s'avère cohérent au regard de précédentes décisions (Cf. not. Lyon, 28 janvier 2011, n°10/02455).

Concernant l'indemnité compensatrice de rupture : L'agent réclamait paiement d'une indemnité équivalente à deux ans de commissions. Après avoir rappelé qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose d'allouer deux ans de commissions, la Cour estime que l'indemnité devait, au cas d'espèce, être fixée à six mois de commissions seulement. Pour motiver sa position, la Cour se réfère à la brièveté des relations contractuelles et au faible développement de l'activité par