

Points de vue pratiques

distributeur invoquait la nullité de la clause sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil relatif à la cause, au motif que son obligation d'approvisionnement était dénuée de contrepartie. L'argument est rejeté. L'obligation d'approvisionnement n'était pas dénuée de contrepartie puisque le distributeur avait la possibilité d'acquiescer directement des produits E.T. pour les revendre sans passer par des intermédiaires et disposait du droit de se prévaloir des autres obligations mises à la charge du fournisseur, notamment celles de fournir assistance et support prévues par les articles du contrat « support et formation » et qui prévoient respectivement : « le fournisseur fournira le cas échéant au distributeur gratuitement et de manière raisonnable, les échantillons des produits et les brochures, catalogues, manuels et informations promotionnelles et publicitaires actualisées concernant les produits que le fournisseur jugera appropriés ou que le distributeur pourra raisonnablement demander, afin d'assister le distributeur dans la vente des produits sur le territoire » (art 8.1) ; « Le fournisseur s'efforcera de répondre, dès que possible à toutes les demandes d'informations techniques concernant les Produits transmises par le Distributeur ou ses clients et de fournir au Distributeur l'assistance nécessaire pour le traitement de tout Produit défectueux » (art 8.2).

Or, c'est justement sur le fondement de ces deux stipulations contractuelles, comportant l'obligation d'assistance du fournisseur au distributeur, que celui-ci tente d'exclure sa responsabilité contractuelle en soulevant l'exception d'inexécution du fait de la passivité du fournisseur. Le distributeur faisait ainsi valoir que depuis la conclusion du contrat, il n'avait reçu aucun email, courrier ou appel téléphonique de la part du fournisseur avec les informations indispensables à la distribution et au marketing des produits tel que pourtant prévu aux articles 8.1 et 8.2 du contrat. L'argument tiré de l'exception d'inexécution est également rejeté, au motif que le distributeur n'apporte pas la preuve d'avoir formé de son côté une quelconque demande d'assistance et de support auprès de son fournisseur.

La responsabilité contractuelle du distributeur étant établie, reste à identifier le préjudice subi par le fournisseur, bien que ledit fournisseur n'était tenu à aucune obligation d'exclusivité à l'égard du distributeur et n'avait pas fourni d'assistance particulière. Il semble que la cour ait eu à trancher entre l'exécution forcée de la clause et l'indemnisation du préjudice subi du fait de son inexécution : « La société E.T. ne demande pas l'exécution de la clause qui consisterait à payer la somme convenue en contrepartie de la livraison des produits mais la réparation de son préjudice en lien avec le manquement constaté ». La cour évalue ce préjudice « au regard des engagements pris et des ventes qui auraient pu être réalisées à la somme de 3000 euros par an soit 6.000 euros sur deux ans ». L'arrêt ne fournit pas plus d'explication sur ces montants. L'objectif de vente annuel était de 10.000€ et l'on ne sait si cet objectif en chiffre d'affaires a pu déterminer un montant de marge perdue.

Ainsi, un distributeur ne peut pas prendre une distribution de produits et laisser dormir le contrat même si le fournisseur lui-même somnole...

M-P. Bonnet-Desplan

CA Paris, 6 mai 2021, n° 19/06400

Avantage sans contrepartie et frais de participation à un appel d'offres

Faits et procédure. Une société assurait une prestation de surveillance et gardiennage de dix-neuf magasins de la société Monoprix depuis 2002. En 2013, un contrat-cadre à durée indéterminée vient formaliser cet état de fait. En 2015, Monoprix lance un appel d'offres pour la prestation. Un préavis de rupture de deux ans est donné à la société de gardiennage dans l'hypothèse où sa candidature ne serait pas retenue à l'issue de l'appel d'offres. Elle l'est pour 11 points de vente et une nouvelle grille tarifaire, de niveau moindre, est appliquée pour le futur de la relation pour l'ensemble du « marché Monoprix », c'est-à-dire aux prestations tant au titre de points de vente retenus qu'à celles des 8 qui ne le sont pas. Un nouveau contrat-cadre à durée indéterminée est établi pour la prestation sur les 11 points de vente, résiliable avec un préavis de trois mois. L'arrêt indique que le prestataire doit s'acquiescer d'une « rétro-commission » de 1,5% du chiffre d'affaires de la première année auprès de la société du Groupe Casino organisant l'appel d'offres, ce que fait le prestataire. Deux ans plus tard, ce prestataire se voit notifié un préavis de résiliation de près de cinq mois, donc dans le respect des termes contractuels, alors qu'un deuxième appel d'offres est lancé. Le prestataire n'est pas retenu et le contrat est résilié au terme du préavis. La relation commerciale cesse.

Le prestataire assigne Monoprix et formule plusieurs demandes dont celle au titre de la rupture brutale de relation commerciale établie moyennant un préavis qu'il estime trop court. Il en est débouté dans la mesure où l'article L. 442-6 I 5° n'était pas applicable, la relation commerciale étant devenue précaire en 2015, du fait de la mise en

concurrence régulière depuis la mise en place de la sélection des partenaires sur appel d'offres. Le partenaire est aussi débouté de sa demande sur le fondement du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2°, faute pour lui d'établir la soumission à l'obligation d'appliquer des prix plus bas, tant pour les prestations au titre des points de vente retenus que pour ceux qui ne l'ont pas été, donc pendant le préavis de rupture pour ces derniers. Les juges ajoutent que l'obligation de pratiquer une baisse de tarif sur l'ensemble du marché Monoprix a été compensée par une durée de préavis « particulièrement longue » par rapport à l'ancienneté de la relation, alors que n'était pas constaté un état de dépendance économique du prestataire, qui réalisait 11% de son chiffre d'affaires avec Monoprix. Nous ne reviendrons pas sur ces deux sujets, qui mériteraient probablement quelques observations, et nous concentrerons sur celui du versement de la rétro-commission de 1,5% sur le chiffre d'affaires de la première année suite à l'appel d'offres de 2015 et pour lequel le prestataire tentait de faire valoir qu'il s'agissait d'un accaparement par le Groupe Casino d'une somme correspondant au CICE (Crédit d'Impôt Compétitivité Emploi) qu'il avait obtenu. Il en est débouté.

Problème. Le paiement par un prestataire de service d'une somme intitulée « rétro commission » à hauteur d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé sur la première année d'activité avec son client, auprès d'une société du Groupe de ce dernier ayant organisé l'appel d'offres à l'issue duquel le prestataire a été sélectionné, est-il constitutif de l'obtention d'un avantage injustifié au sens de l'article L. 442-6 I 1° ?

Solution. Visant l'article L. 442-6 I 1° (« Sur l'obtention d'un avantage injustifié : la rétro-commission perçue le 15 septembre 2015. Aux termes de l'article L. 442-6 I 1° du code de commerce dans sa version applicable aux faits de l'espèce, il est sanctionné le fait d'obtenir... (...) »), la Cour juge qu'« Il ressort du courriel adressé par la société PSI à la société Monoprix en date du 25 juin 2015 (...) que la société PSI avait connaissance du fait qu'elle devrait des frais administratifs au titre de la participation à l'appel d'offres à hauteur de 1,5 % de son chiffre d'affaires sur la 1ère année. La somme versée au groupe Casino, dont il n'est pas contesté et que c'est ce dernier qui a organisé l'appel d'offres de 2015 sur le gardiennage des magasins Monoprix, correspond bien aux frais administratifs prévus et non à une rétrocession déguisée du CICE comme le prétend la société PSI. (...) ».

Analyse. Probablement à raison du montant de la somme payée au titre de cette « rétro commission » (13.735,98 euros) sans commune mesure avec les autres montants sollicités dans le cadre de la procédure, dont 1.720.000 euros du chef de la rupture brutale, soulignons qu'aucune demande subsidiaire ne semble avoir été formulée au titre du caractère disproportionné de cette rémunération, ce qui aurait pu être envisageable, pour qui aurait voulu discuter du montant de ces « frais administratifs » sous l'angle de la disproportion manifeste. Le jeu n'en valait peut-être pas ici la chandelle. Dans l'absolu toutefois, leur détermination par rattachement au chiffre d'affaires réalisé avec le prestataire ne va pas de soi, alors selon nous qu'il s'agit de frais d'organisation d'une procédure d'appel d'offres, dont on ne perçoit pas en l'état le caractère nécessairement variable (rapp. sur l'approche de la valeur de l'avantage en fonction des coûts, Paris, 30 mars 2021, n° 19/15655, nos obs. Lettre distrib. 05/2021). Au-delà de cette affaire et du montant en cause, assez limité, il ne peut être exclu qu'une rémunération proportionnelle dépasse largement les coûts réellement engagés pour organiser un appel d'offres (rapp. en matière de déséquilibre significatif, Trib. com. Paris, 22 fév. 2021, Lettre distrib. 04/2021, S. Chaudouet). Il est vrai qu'en l'espèce et alors qu'était avancé un grief de récupération par le Groupe Casino du montant du CICE obtenu par le prestataire, une commission fixe pour des frais administratifs d'un montant correspondant à celui du CICE n'aurait pas été du meilleur effet pour Monoprix, si tant est que la commission ainsi perçue ait correspondu à une telle pratique, ce qui a été avancé à tort aux termes de l'arrêt. En outre, l'arrêt ne nous éclaire pas sur ce qu'il y a lieu d'entendre par chiffre d'affaires réalisé « sur la 1ère année » et dont on peut supposer qu'il ne s'agit que du chiffre d'affaires des magasins retenus au titre de la prestation, car il pourrait être singulier d'assoir aussi cette commission sur la quote-part du chiffre d'affaires réalisé en cours du préavis au titre de la prestation de gardiennage pour les magasins non retenus. La Cour mène donc son analyse sous le visa de l'article L. 442-6 I 1°, sur le seul plan du caractère justifié de l'avantage « quelconque » comme visé dans l'article précité, pour décider qu'il l'est et qu'il a donc une contrepartie, la rétro-commission « ouvrant droit à la participation à la procédure d'appel d'offres ».

Ces considérations mises à part, la solution appelle aussi quelques remarques au plan de la contrepartie en elle-même. Dans le contexte de l'affaire, il apparaît que les échanges à l'occasion de l'appel d'offres ont eu lieu avec le directeur des achats et frais généraux du groupe Casino auquel appartient Monoprix. L'avantage consenti pour l'organisation d'un appel d'offres confié par un acheteur dans le cadre de sa propre procédure d'achat, à une entité de son groupe

Points de vue pratiques

d'appartenance, lui permet de sélectionner le fournisseur le mieux disant et d'écarter les autres. On est ici au cœur du processus fonctionnel interne de l'acheteur mis en place pour lui et avant tout pour lui. En cette occasion, le fournisseur sélectionné vient ainsi financer une organisation aux termes de laquelle ce même fournisseur aura été choisi. The « *winner takes all* » – le gagnant rafle tout et paie aussi pour ceux qui n'auront pas été pas sélectionnés, tout comme ceux qui ne le sont pas aujourd'hui et qui le seront demain paieront pour ceux qui seront alors écartés. La charge financière d'une composante de la fonction achat se trouve ainsi, en tout ou partie, transférée par l'acheteur sur les vendeurs ou les prestataires de services pour une tâche qui relève de l'organisation qu'il a décidé de mettre en place. D'un point de vue rationnel, l'on peut d'ailleurs se questionner sur l'intérêt d'un soumissionnaire à payer pour être mis en compétition et à devoir baisser ses prix s'il veut être choisi, quand bien même remporterait-il *in fine* l'appel d'offres. La voie conduisant un partenaire économique à rémunérer l'autre du seul fait d'avoir été choisi, ou celle consistant à devoir rétribuer un partenaire en contrepartie de l'accomplissement de toute fonction inhérente à sa propre activité ou ne traduisant que le respect de ses obligations légales (rapp. Com. 18 oct. 2001, n° 10-15.296, à propos d'avantages en nature par mise à disposition de personnels intérimaires pour la réalisation de l'inventaire physique) ou contractuelles, appelle à la vigilance. La regrettable banalité de certaines pratiques ne leur confère pas pour autant un caractère licite. L'utilité du versement d'un avantage ne peut *ipso facto* découler de toute décision ou tâche accomplie dans le cadre d'une relation. C'est ainsi que dans des relations d'achat-revente entre fournisseur-distributeur, ont été depuis longtemps stigmatisés au plan de leur utilité les avantages au titre d'actions accomplies dans l'intérêt exclusif ou quasi exclusif de celui qui reçoit l'avantage correspondant ou des personnes pour lesquelles il agit (rapp. Paris, 2 févr. 2012, Lettre distrib. 03/2012, nos obs. ; Caen, 18 mars 2008, n° 06/03554). En règle générale et au-delà de cette affaire, attention à ne pas considérer que tout avantage supporté par un partenaire est pour ce dernier une charge profitable du fait même de l'existence de la relation.

J-M. Vertut

CA Versailles, 6 mai 2021 n° 19/08531

Méthodes de datation en matière d'agence commerciale

Un mandant met un terme au contrat de son agent commercial en cours depuis neuf ans. Il notifie la rupture sans faute grave par courrier du 24 février 2016, présenté le 4 mars, avec préavis de trois mois. Classiquement, et en l'absence d'accord, l'agent saisit le tribunal compétent afin d'obtenir l'indemnité de fin de contrat.

Problème n° 1. Pour s'opposer au paiement de l'indemnité, le mandant soutient d'abord que l'agent est déchu de ses droits dès lors qu'il a fait valoir ces derniers pour la première fois le 14 mars 2017, soit plus d'un an après la cessation du contrat (cf. C. com. art. L134-12, § 2). De son côté, l'agent affirme que la rupture n'est pas intervenue par l'envoi du courrier du 24 février – qui ne contenait qu'un projet de transaction et non un courrier de rupture – mais le 7 juillet 2016 date d'envoi d'un autre courrier. Ce faisant, la demande d'indemnité a été formulée dans l'année.

Solution. Afin d'écarter toute déchéance, la Cour précise que par « *délai d'un an à compter de la cessation du contrat* » (au sens du texte précité), il convient d'appréhender le délai qui court « *à compter de la cessation effective des relations contractuelles et non à la date de la notification de la rupture, ni à la fin du préavis dès lors que la date de cessation effective est antérieure* ». Et la Cour de s'intéresser d'abord à la date de la notification de la rupture ici contestée. Prenant en compte le constat d'huissier – réalisé à la demande du mandant – relatif aux dates d'enregistrement informatiques du courrier de rupture et du protocole, la Cour en conclut que « *l'envoi contenait la lettre de rupture et non le projet de protocole qui sera communiqué plus tard à l'agent* ». En outre, quand bien même l'agent n'aurait reçu que le protocole, celui-ci « *ne pouvait ignorer le contenu de ce projet de protocole qui exprimait clairement la décision [du mandant] de rompre le contrat d'agence dès cette date* ». Ce faisant, « *la notification de la rupture du contrat d'agence est intervenue le 4 mars 2016 faisant courir un préavis expirant le 4 juin 2016 porté au 30 juin 2016* » (art. L.134-11, § 3). Pour autant, ce n'est pas le terme de ce préavis qui importe mais la date effective de la cessation des relations. Or, l'agent produisait à cet effet un échange de courriel du 26 mai démontrant que la relation effective était toujours en cours (demande d'information du mandant concernant le nombre de palettes à enlever chez un client). L'agent « *rapporte donc la preuve d'avoir effectué des prestations [...] postérieurement à la notification le 4 mars 2016 de la rupture du contrat d'agence. Si modestes soient ces prestations, il n'est pas contesté qu'elles entraînent dans le cadre du contrat d'agence* ». Le délai d'un an a donc commencé à courir le 26 mai, l'agent n'est donc pas déchu de ses droits.

Observation. Relevons d'abord que si la Cour s'intéresse à la « *cessation effective des relations* », elle tranche néanmoins au préalable la question de la date de la notification de la rupture. Cette date permet en effet de déterminer le terme des relations contractuelles (ici après 3 mois de préavis) et constitue le fait générateur du droit à indemnité (Ph. Grignon *in* Technique contractuelle, JCP E 2018, 1002). Quant au point de départ du délai d'un an, et malgré la rédaction (maladroite) de l'article L 134-12, § 2 – faisant référence à la « *cessation du contrat* » – la jurisprudence établie retient la cessation effective des fonctions de l'agent et non la fin du délai de préavis si celui-ci n'a pas été exécuté jusqu'à son terme (Com., 11 juin 2002, n° 99-20.360 ; Com., 18 janv. 2011, n° 09-72.510). Cette notion de cessation effective des relations donne lieu à interprétation et insécurité juridique. Elle est en effet démontrée et caractérise le point de départ avant la fin du préavis : lorsque l'agent cesse d'intervenir et se prévaut pour ce faire du principe de l'exception d'inexécution (V. par ex. Amiens, 28 mars 2017, n° 15/03790, absence de paiement de commissions) ; par référence au dernier règlement de commissions (Caen, 9 mai 2019, n° 17/01202). Elle est en revanche exclue, et le point de départ coïncide avec la date d'expiration du préavis accordé, si l'intention des parties n'est pas claire (V. par ex. Lyon, 21 févr. 2019, n° 15/06461, où le mandant n'a pas dispensé l'agent d'exécuter le contrat avant la fin du préavis accordé, ni d'office, ni sur demande de celui-ci).

Problème n° 2. Le mandant invoquait par ailleurs une faute grave de l'agent – représentation d'un concurrent – découverte postérieurement à la rupture. L'agent objectait que le mandant ne pouvait s'en prévaloir dès lors que la rupture n'était pas fondée sur la faute grave.

Solution. Pour donner effet à cette faute grave et priver d'indemnité l'agent, la Cour relève que ce dernier ne conteste pas avoir représenté la société concurrente et ne démontre pas que son mandant était informé de cette activité concurrente et l'aurait tolérée. Ce faisant, « *il importe peu que, découvert postérieurement à la rupture, un manquement à l'obligation de loyauté ne soit pas mentionné dans la lettre de résiliation, si ce manquement, susceptible de constituer une faute grave, a été commis antérieurement à cette rupture* ».

Observation. La jurisprudence retient habituellement la faute grave d'un agent découverte par le mandant postérieurement à la rupture si elle a été commise pendant la durée des relations (Com., 1^{er} juin 2010, n° 09-14.115 ; Com., 14 févr. 2018, n° 16-26.037 ; Com., 24 nov. 2015, n° 14-17.747 ; Nîmes, 3 nov. 2016, n° 15/0331 ; Paris 3 oct. 2019, n° 18/23501). L'on s'est néanmoins demandé s'il n'y avait pas une contradiction avec les textes et décisions européens (S. Brena, Lettre distrib. 03/2018) ou si, pour s'en prévaloir, il n'était pas nécessaire de justifier d'une rupture initiale fondée sur d'autres fautes graves visées au courrier. Et ce afin de justifier d'une rupture provoquée par la faute grave au sens des textes français et européen (Lettre distrib. 11/2019). En l'espèce, la Cour ne s'embarrasse pas de ces questions et admet que cette faute grave puisse être opposée efficacement à la demande indemnitaire même s'agissant d'une rupture initiale sans faute et avec préavis. Cette décision, même si elle n'est pas la première (Metz, 18 juin 2020, n° 17/01161), prouve ainsi une vision pragmatique de la rupture du contrat – et de ses effets – par le mandant au regard des fautes de l'agent et semble donc relativiser la portée du courrier de rupture.

La philosophie poursuivie est évidente : sanctionner la violation d'une obligation légale essentielle de l'agent (l'obligation de loyauté) et ne pas lui accorder une prime lorsqu'il réussit à camoufler ses agissements pendant la durée des relations. Bien entendu, l'exégèse des textes permettra de poursuivre la critique. Et si cette critique devait porter, il sera temps de passer des méthodes de datation à celles d'évaluation...

A. Louvet

En bref...

Décret n°2021-568 du 10 mai 2021

Procédure de clémence en droit de la concurrence

Le décret relatif à la procédure d'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires prévue au IV de l'article L. 464-2 du code de commerce, portant transposition des articles 17 à 22 de la directive (UE) du 11 décembre 2018, a été publié et entrera en vigueur le 11 juin 2021. Les dispositions du décret apportent des précisions sur les conditions de la demande d'exonération et sur les conditions d'exonération de sanctions pécuniaires.

Y. Idani