

La précision apportée par la Cour, tenant à l'antériorité de la conclusion du contrat (et donc d'appréciation de l'existence de la cause) par rapport au refus d'immatriculation, ne doit d'ailleurs pas induire en erreur : quand bien même ce refus eut été acquis lors de la conclusion du contrat, les engagements du franchiseur n'en aurait pas moins été « causés ». Le fait que l'existence de la cause s'apprécie au moment de la conclusion du contrat n'y change rien puisque, précisément, le défaut d'immatriculation et, par-delà celui-ci, la possibilité d'exploiter l'activité ne participe pas de la cause objective, mais subjective. La situation est au fond comparable à celle de l'acheteur d'un véhicule automobile qui échoue à l'examen du permis de conduire.

La solution serait, à n'en pas douter, la même sur le fondement de l'article 1169 nouveau du Code civil, abandonnant la notion de cause mais en maintenant ses fonctions. Dans les contrats onéreux, comme le contrat de franchise, est désormais exigée l'existence d'une contrepartie à l'engagement, caractérisée dans les circonstances de l'espèce par la mise à disposition du franchisé des moyens nécessaires à la réitération de la réussite commerciale.

Faute de stipulation d'une condition suspensive de l'immatriculation ou résolutoire de la non-immatriculation, le salut du franchisé ne pouvait plus provenir que de la caducité du contrat ; salut qui ne vint pas.

**II. L'impossibilité d'immatriculation n'emporte pas caducité du contrat de franchise** – Bien que l'arrêt ne s'étende guère sur cet aspect de la question, la réformation du jugement qui avait retenu cette sanction, implique le rejet de la caducité du contrat pour défaut (ou perte) d'autorisation administrative nécessaire à l'exercice de l'activité.

Consacrant la jurisprudence, le nouvel article 1186 du Code civil – inapplicable en l'espèce – prévoit qu'un contrat valablement formé est caduc lorsque disparaît l'un de ses éléments essentiels. En rejetant la sanction de la caducité, la Cour d'appel considère que l'immatriculation n'est pas un des éléments essentiels du contrat de franchise. L'appréciation du caractère essentiel se révèle ainsi objective, les motifs n'en faisant pas partie.

La solution est cohérente : inaptes à fonder la nullité du contrat pour défaut de cause objective ou de contrepartie, les motifs ne doivent pas permettre de provoquer l'extinction du contrat valablement formé. Il serait d'ailleurs inexact d'affirmer que l'exécution du contrat est désormais impossible. En effet, le franchiseur peut parfaitement mettre à la disposition du franchisé les éléments de réitération de sa réussite commerciale et, réciproquement, le franchisé peut exécuter les obligations – de sommes d'argent essentiellement – qui lui incombent. C'est l'utilité du contrat pour le franchisé qui est affecté, ce que la stipulation d'une condition aurait, nous l'avons dit, permis de prendre en considération.

Le salut du franchisé se trouvait ainsi dans la technique contractuelle.

S. Brena

Shame renforcé : deux nouvelles mesures en matière de lutte contre les retards de paiement, Rev. Lamy dr. aff., déc. 2018, p. 51, *nos obs*). Avec le même dessein, la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi Pacte », a renforcé le caractère dissuasif du « *Name and Shame* », puisque les entreprises sanctionnées pour des retards de paiement ont l'obligation de faire publier cette sanction à leurs frais dans la presse locale. Cette mesure vient s'ajouter à la publication systématique sur le site internet de la DGCCRF. Pour les manquements les plus graves, la publication dans d'autres titres de presse, par exemple spécialisée ou nationale, peut être imposée par la DGCCRF.

C'est ainsi que depuis bientôt une décennie, les agents de la DGCCRF sont compétents pour contrôler et sanctionner les entreprises contrevenantes. Pour autant, ni l'actuel article L. 441-16 du Code de commerce indiquant le montant des sanctions, dont les dispositions se logeaient à l'origine dans l'article L. 441-6 VI, ni l'article L. 470-2 sur les conditions dans lesquelles les sanctions sont prononcées, ne fixent de critères légaux permettant de fixer le montant de l'amende administrative pouvant être prononcée (sauf prise en compte de la réitération conduisant à un doublement de l'amende. *Rappr.* Communiqué du 18 novembre 2019, La DGCCRF sanctionne SFR à hauteur de 3,7 millions d'euros pour manquements réitérés aux délais de paiement légaux). Certes, une volumineuse note d'information diffusée quelques mois après la Loi Hamon apportait des précisions sur les nouveaux moyens d'action et pouvoirs de sanction de la DGCCRF, mais elle ne traitait pas de l'évaluation du montant des amendes (note d'information de la DGCCRF d'octobre 2014, qui remplaçait la note n° 2014-149 du 6 août 2014, commentée à Lettre distrib. 09/2014, N. Eréséo). De plus, très tôt et à propos de ses nouveaux pouvoirs d'injonction et de sanction, la DGCCRF avait-elle évoqué des lignes directrices et notamment une éventuelle « doctrine » de l'Administration (N. Homobono, Les nouveaux pouvoirs de la DGCCRF issus de la loi Hamon, AJ Contrat 2014, p.144). Certains appelaient encore récemment de leur vœux un tel document (N. Pétrignet et A. Le Bourdon, Ombres et lumières du dispositif de sanctions administratives des retards de paiement interentreprises, BRDA, 15-16/21).

Huit ans se donc sont écoulés et voilà ces lignes directrices mises en ligne le 2 décembre 2021 ([https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgccrf/documentation/publications/autre\\_publicat/LD\\_sanctions\\_delais\\_paiement.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/autre_publicat/LD_sanctions_delais_paiement.pdf)).

**Observations.** Ce document explicite les conditions dans lesquelles sont prononcées par la DGCCRF par l'intermédiaire de ses directions régionales (DREETS) dans les conditions fixées à l'article L. 470-2 du Code de commerce, les sanctions à l'encontre des entreprises dont les délais de paiement fournisseurs dépassent les plafonds légaux visés au Code de commerce (et au Code de la commande publique). Cette communication, qui sera utile aux entreprises contrôlées et à leurs conseils, expose en trois temps le cadre juridique de l'enquête, son déroulement avec un point spécifique sur la question des recours administratifs et/ou contentieux et, enfin, les modalités de détermination de l'amende.

Au plan du déroulement de l'enquête, les lignes directrices indiquent notamment que durant une phase contradictoire, l'entreprise contrôlée est invitée à présenter toute observation et à produire tout document de nature à justifier les retards de paiement constatés. A cet égard, elle peut par exemple indiquer que certains retards correspondent à des avoirs ou fournir des preuves que les retards sont liés à des litiges sérieux portant sur la prestation principale du contrat. Mais *a contrario*, des arguments liés à des manquements au formalisme des factures ou à la transmission trop tardive de la facture par le fournisseur, n'enlèveront pas aux retards de paiement constatés leur caractère illicite s'il n'est pas prouvé que les factures ont été réclamées.

Au plan de la détermination du montant de l'amende, il est indiqué qu'elle « *procède à la fois d'une méthodologie harmonisée entre les différentes DREETS et d'une analyse au cas par cas tenant compte des circonstances particulières de chaque espèce conformément aux principes de proportionnalité et de personnalité des peines.* » (si plusieurs délais légaux sont en cause, les amendes sont calculées séparément). Outre cette indication générale est exposé le cheminement des contrôleurs, étant rappelé que, sauf exception, les contrôles portent sur une période d'un an correspondant au dernier exercice clos et que les factures intragroupes sont, en opportunité, exclues du périmètre du contrôle. Ce faisant, les contrôleurs calculent d'abord lieu le « *montant de base* » de l'amende à partir principalement du montant de la rétention de trésorerie générée par les manquements. Ce calcul est ensuite ajusté en tenant compte de la taille de l'entreprise et de l'importance relative du retard par rapport au délai légal maximum prévu, afin d'apprécier la gravité de la pratique. Vient ensuite la prise en compte de la réitération, le cas échéant, puisque le contrevenant s'expose aux termes de la loi à voir son amende doublée en pareil cas.

## Points de vue pratiques

DGCCRF, Lignes directrices du 2 décembre 2021

**Délais de paiement : lignes directrices sur les sanctions**

**Contexte.** On se souvient que la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi « Hamon ») a introduit des sanctions administratives, en lieu et place de sanctions pénales, pour non-respect des délais de paiement plafond, fixées dans la numérotation actuelle, aux articles L. 441-10 et s. du Code de commerce. Le montant de la sanction administrative était initialement de 375.000 euros pour une personne morale. Sous les mêmes sanctions, ont été interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement (« *délais cachés* »). Cette même loi a donné lieu à un décret d'application du 30 septembre 2014 pris pour la mise en œuvre de la modernisation des moyens de contrôle et des pouvoirs de sanctions de l'autorité administrative chargée de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Presque trois ans plus tard, la loi du 9 décembre 2016 dite loi « Sapin 2 », a porté le montant maximal de l'amende pour les personnes morales à 2 millions d'euros. La détermination des pouvoirs publics et du législateur à poursuivre la lutte contre les retards de paiement s'est ensuite manifestée à l'occasion de la loi du 10 août 2018 dite « loi Essoc », dont le droit à l'erreur nouvellement instauré n'a pas été étendu aux situations de retard de paiement (Pas de droit à l'erreur et Name and

# Points de vue pratiques

Puis il est vérifié que le montant total de la sanction ne dépasse pas le maximum légal de 2 millions d'euros (ou 4 millions si réitération). Un dernier point a trait à la prise en compte de la situation financière de l'entreprise contrevenante lors de la commission des manquements, au plan de la détermination du montant de l'amende ou de la capacité de l'entreprise à s'acquitter en tout partie de l'amende. La démarche ainsi entreprise n'est pas sans rappeler, dans une certaine mesure, celle que l'on peut relever dans d'autres lignes directrices pour le calcul d'amendes pour d'autres infractions de nature économique. On songe notamment aux lignes directrices en matière de calcul des amendes en droit de la concurrence, tant au niveau interne (*Rappr.* Communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 31 juillet 2021, abrogeant le Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 16 mai 2011), qu'au niveau de l'Union (*Rappr.* Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, § 2, a), du règlement (CE) n° 1/2003), bien que chacun des textes ayant donné lieu aux lignes directrices précitées fasse état de critères légaux de fixation des amendes (v. aussi art. L 621-15, III ter du Code monétaire et financier fixant des critères légaux en matière de sanction de l'AMF et Paris, 19 déc. 2019, n° 19/00495), ce qui, mis à part le critère de la réitération, n'est pas le cas pour les amendes en cas de retard de paiement. Sans contester, bien au contraire, l'intérêt de ces récentes lignes directrices de la DGCCRF au plan de la quantification du risque de sanction en cas de contrôle, peut-être y a-t-il le point de départ à quelques réflexions ?

J-M. Vertut

CA Montpellier, 2 novembre 2021, n° 19/02143

## De l'éternel débat autour du pouvoir de négociation de l'agent commercial

**Faits.** La société Pharma Med Ingénierie (PMI), spécialisée dans la réalisation d'études techniques, notamment pour la conception et l'installation d'équipements médicaux, s'adjoint les services de Mr. X pour développer son activité en Algérie. Dans ce cadre, elle remet à ce dernier plusieurs attestations certifiant que celui-ci était son représentant commercial et technique auprès de ses clients en Algérie, qu'il était habilité pour toutes démarches administratives et commerciales dans ce pays, qu'il s'occupait des installations, de la mise en route, de la formation et du service après-vente et qu'elle bénéficiait de son assistance dans les différentes réalisations des projets privés ou publics exécutés par la société depuis 2002. Suite à un litige sur le taux de commission applicable, Mr. X saisit le Tribunal de commerce de Montpellier en vue d'obtenir paiement d'un rappel de commissions. Dans le cadre de l'instance, la société PMI conteste, non seulement l'existence de l'accord de commissionnement revendiqué par Mr. X pour justifier de l'augmentation de son taux de commission, mais lui dénie également le statut d'agent commercial. Déboutée en première instance, la société PMI interjette appel.

**Problème.** La Cour d'appel devait se prononcer sur la qualification de la relation contractuelle, au regard des dispositions de l'article L. 134-1 du Code de commerce, ce qui impliquait de rechercher si Mr. X disposait du pouvoir de négociation nécessaire au statut d'agent commercial selon la conception extensive dorénavant retenue par la Cour de cassation suite à l'arrêt *Trensetteuse* (CJUE, 9<sup>e</sup> ch., 4 juin 2020, n°C-828/18, Lettre distrib. 06/2020).

**Solution.** D'emblée, la Cour manifeste son ralliement à l'approche extensive du pouvoir de négociation : « *le pouvoir de négocier de l'agent commercial est suffisamment caractérisé lorsque celui-ci démarche la clientèle en vue de lui présenter les produits commercialisés par son mandant et les prix pratiqués et d'orienter son choix en fonction de ses besoins, sans pour autant qu'il soit également exigé de lui qu'il soit en mesure de discuter avec la clientèle les conditions essentielles des contrats à conclure* ». Il est, ainsi, parfaitement clair que le pouvoir de négociation n'inclut pas celui de modifier les prix, ni, plus généralement, de négocier les conditions contractuelles.

Au cas présent, la Cour estime que, bien que Mr. X n'avait pas le pouvoir de représenter la société lors de la conclusion des contrats, celui-ci « *était habilité pour toutes démarches administratives et commerciales en Algérie, pour le compte de la société, dont il était le représentant technico-commercial exclusif, et qu'il avait pour rôle de s'occuper des installations, de la mise en service, de la formation et du service après-vente, les attestations de directeurs de cliniques, produites aux débats, confirment que l'intéressé, qui n'était pas toujours accompagné dans ses visites du dirigeant de la société Pharma Med Ingénierie, était doté de larges pouvoirs dans la commercialisation et l'installation des équipements médicaux faisant l'objet des contrats (...). Il se déduit donc des attestations délivrées par la société Pharma Med*

*Ingénierie elle-même que Mr. X, habilité à effectuer toutes démarches commerciales pour le compte de la société, avait nécessairement un pouvoir de négociation, au sens de l'article L.134-1 susvisé, incluant le démarchage de la clientèle, pouvoir qu'il a mis en œuvre durant la relation contractuelle, de 2002 à 2015, eu égard notamment à l'expérience professionnelle de panseur-instrumentiste acquise par l'intéressé, qui avait occupé, en dernier lieu, les fonctions de chefs du service matériel technique de l'hôpital militaire de rééducation de Staoueli en Algérie.* ».

**Analyse.** L'arrêt ne précise pas quels étaient les arguments soulevés par la société PMI pour contester la qualification d'agence commerciale, ce qui aurait permis d'éclairer la compréhension de la décision. En effet, la motivation retenue interroge. Il en ressort que le pouvoir de négociation résulterait nécessairement du contenu des attestations délivrées par la société PMI lesquelles indiquent que Mr. X serait habilité à effectuer toutes démarches administratives et commerciales en Algérie pour le compte de la société. Or, si comme le rappelle la Cour, la qualification de contrat d'agent commercial dépend des modalités concrètes d'exécution, l'on ne saurait se contenter de déduire l'existence d'un réel pouvoir de négociation de la seule terminologie générique retenue dans ces attestations. On voit mal, en outre, en quoi l'expérience professionnelle passée de Mr. X permettrait d'apprécier les conditions actuelles d'exécution de sa mission.

Au cas d'espèce, indépendamment de la qualification retenue de « *représentant technico-commercial exclusif* », le rôle confié à Mr. X, dans les faits, est décrit comme consistant en des prestations d'assistance technique, notamment de mise en place des équipements vendus, ayant, par nature vocation à s'exécuter postérieurement à la conclusion du contrat avec le client final. Or, nonobstant l'interprétation dorénavant extensive du pouvoir de négociation, ce type de tâches techniques, en ce qu'elles relèvent du suivi de la clientèle, ne suffisent pas à caractériser une mission de négociation en amont de la conclusion du contrat (Grenoble, 25 févr. 2021, n° 17/03604, Lettre distrib. 04/2021). Ainsi, l'intermédiaire, se bornant à une simple mise en relation, visant à permettre au donneur d'ordre d'identifier ses clients potentiels et, le cas échéant, d'assurer le suivi de cette clientèle, relève de la catégorie du courtage.

Il est donc regrettable que l'arrêt ne précise pas davantage quelles sont, concrètement, les actions de démarchage précontractuel qui auraient été accomplies par Mr. X pour inciter les clients à passer commande et justifier la qualification juridique d'agent commercial (la teneur des attestations de directeurs cliniques visées n'étant pas précisées). La question du contenu exact de la mission exercée par l'intermédiaire, dans les faits, est pourtant d'autant plus cruciale, à l'heure actuelle, que la catégorie des courtiers a vocation à se réduire fortement sous l'influence de la conception extensive du pouvoir de négociation de l'agent commercial.

N. Lefevre-Roumanos

CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 3 novembre 2021, n° 18/27259

## Distribution sélective et vente par un mandataire non agréé

**Faits.** La société Davimar est spécialisée dans la création et la commercialisation de vêtements de prêt-à-porter haut de gamme. La société Modz commercialise sur son site internet des produits vendus que lui confient des détaillants désireux de procéder à des liquidations de stocks à destination des consommateurs. Constatant la présence des produits de sa marque sur le site de Modz, Davimar lui adresse une mise en demeure de cesser la commercialisation des produits de la marque « Berenice » sur son site internet, en raison de l'existence d'un réseau de distribution sélective, Modz n'étant pas un distributeur agréé et les prix proposés sur Modz.fr étant inférieurs à ceux appliqués par les membres dudit réseau. Elle demande également à Modz de justifier de la provenance des vêtements.

**Problème.** Modz vend les produits sur son site en qualité de mandataire, ce qui aura un impact sur la licéité ou non de son intervention dans la commercialisation.

**Analyse.** Davimar invoque à l'encontre de Modz deux griefs : en amont son approvisionnement illicite ; en aval, la participation à une distribution illicite.

Sur l'approvisionnement illicite auprès de revendeurs multimarques – Davimar soutient que le revendeur qui s'approvisionne, en pleine connaissance de cause, auprès d'un distributeur agréé, contractuellement tenu par une interdiction de vente à un autre professionnel hors réseau, participe à la violation de cette obligation et s'en rend complice (Com., 4 juill. 2006, n° 03-16.383). Le refus de Modz de lui communiquer la provenance des articles mis en vente sur son site internet constituerait un aveu de sa part d'être co-auteur de