

En réaction, les franchiseurs privilégient souvent le recours à l'arbitrage mais les juridictions arbitrales ne semblent pas s'écarter des grandes tendances judiciaires. Tout au plus peut-on supposer un recours plus fréquent à la réfaction dès lors qu'elle est très largement encouragée par la technique de l'amiable composition. Pour le reste et contrairement à une idée répandue, les arbitres semblent faire preuve de la même sévérité que les juges judiciaires (v. en ce sens l'article de Ch. Jarosson et J.-B. Racine, Arbitrage et distribution : Concurrences n° 1-2023, Art. n° 111211, qui relèvent que les clauses prévues dans les contrats de la grande distribution « interdisent aux exploitants d'un point de vente d'exercer pendant un an dans un rayon de dix ou quinze kilomètres autour de celui-ci, ce qui est de nature à les conduire droit à la cessation des paiements si elles sont appliquées strictement, car aucun exploitant n'a les ressources financières pour attendre pendant une telle durée avant de reprendre son activité, surtout s'il est propriétaire de son point de vente et ne peut donc le déplacer. Ces clauses ont en général été soit annulées, soit écartées, soit réduites par les tribunaux arbitraux pour des motifs divers, liés ou non à des considérations d'amiable composition »).

N. Eréséo

CA Agen, 5 juillet 2023, n° 22/00700

Droit à indemnité de cessation du contrat d'agence commerciale et fixation de son montant

Faits. Une société distributrice de machines équipant les laveries avait conclu un contrat d'agence commerciale de trois ans, au renouvellement duquel elle s'était opposée, sans préciser le motif. En dépit d'une clause privative de tout droit à indemnité prévue au contrat, l'agent réclamait une indemnité de cessation de contrat (C. com., art. L. 134-12) correspondant à deux années de commissions, soit plus de 220.000 €. La résistance du mandant le conduisait à l'assigner en paiement des sommes réclamées. Condamné au versement d'une indemnité correspondant à six mois de commissions – après neutralisation de la clause privative d'indemnité, d'évidence contraire à l'article L. 134-12, disposition d'ordre public selon l'article L. 134-16 du Code de commerce –, le mandant interjetait appel.

Il soutenait principalement, être en mesure de se prévaloir de comportements déloyaux de l'agent, de nature à recevoir la qualification de faute grave privative de droit à indemnité de cessation de la relation, en dépit en dépit du fait que ces agissements n'étaient pas visés dans la décision de ne pas renouveler le contrat d'agence.

Problème. Il s'agissait ainsi de déterminer si le mandant était en mesure de se prévaloir du comportement fautif de l'agent, adopté avant la décision de rompre la relation mais découvert postérieurement et non visé dans le courrier portant décision de ne pas renouveler le contrat.

Solution. La Cour, faisant sienne la position – nouvelle – de la Cour de cassation, y répond négativement. Elle rappelle que « *revenant sur la solution antérieurement appliquée, la jurisprudence récente (Com., 16 nov. 2022, n° 21-17.423) est venue préciser qu'en vertu du droit de l'union européenne à l'origine des articles L. 134-12 al. 1^{er} et L. 134-13 du code de commerce (art. 17§3 et 18 de la directive 86-653/CEE relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux indépendants du 18 décembre 1986, tels qu'interprétés par la CJUE dans ses arrêts des 28 octobre 2010 et 19 avril 2018, aff. C-203/09 et C-645/16), à défaut pour le mandant d'avoir exposé la faute grave de l'agent dans la lettre de résiliation, celui-ci ne peut être privé de son droit à indemnité. En l'espèce, la lettre du 5 juin 2019, par laquelle la société Alliance Laundry a informé M. [I] de sa volonté de ne pas renouveler son contrat d'agent commercial ne comporte aucune indication relative à une faute commise par ce dernier* ». Elle prend cependant soin d'ajouter : « *Toutefois, si le principe de ce droit lui est acquis, il résulte également de la jurisprudence de la CJUE (28 oct. 2010, Volvo Car Germany GmbH, aff. C-203/09, spécialement n° 44) que le principe d'une indemnité équitable au regard de toutes les circonstances justifie que le comportement fautif de l'agent, même tardivement dénoncé par son mandant, puisse conduire à une réduction de l'indemnité de fin de contrat* », alors que le mandant échoue à démontrer la réalité de la faute de déloyauté invoquée. Le droit à indemnité étant acquis, la Cour en fixe le montant à six mois de commissions, précisant qu'« *il convient de tenir compte de la durée de la relation contractuelle qui est de 3 années mais également du fait que M. [I] n'étant lié par aucune clause de non-concurrence a pu tout de suite retrouver un contrat d'agent commercial s'exerçant exactement dans le même secteur d'activité au sein duquel il pouvait démarcher une nouvelle clientèle mais également profiter des prospects de son ancien mandant susceptibles de revenir vers lui* ».

Analyse. La Cour applique la position jurisprudentielle nouvellement adoptée par la Cour de cassation (Com., 16 nov. 2022, n° 21-17.423, Lettre distrib. 01/2023, obs. S. Brena), selon laquelle le mandant ne peut se prévaloir d'une faute grave commise antérieurement à la rupture du contrat mais découverte après et se doit d'indiquer, dans le courrier de rupture, la cause de la dénégation de ce droit à indemnité. Au-delà de la reprise de cette solution, l'arrêt présente l'intérêt de l'appliquer au refus de renouvellement du contrat, ce qui, dans un souci de cohérence, doit être approuvé. Le droit à indemnité est en effet dû, que la cessation de la relation soit le résultat d'une rupture d'un contrat en cours ou d'un refus de renouvellement. Il n'eut guère été cohérent d'appliquer une solution différente à l'hypothèse d'une opposition au renouvellement du contrat. C'est ainsi très directement la solution retenue par la Cour de cassation dans une décision antérieure au revirement du 16 novembre 2022 (Com., 19 juin 2019, n° 18-11.727, Lettre distrib. 07-08/2019, obs. S. Brena, autorisant le mandant à se prévaloir de la faute grave découverte postérieurement au refus de renouvellement) qui est adoptée, à juste titre, par les juges du fond.

La Cour ne se contente pas de s'inscrire dans le sillage de la Cour de cassation pour, ensuite, faire sienne la position de la CJUE invitant à faire peser sur le montant de l'indemnité de rupture les fautes de l'agent découvertes postérieurement à la rupture (toutefois, rappelons-le, dans l'hypothèse où la faute grave avait été commise pendant la durée de préavis, postérieurement donc à la décision de rupture). Si la solution peut sembler intéressante, elle ne pâtit pas moins d'un déficit de fondement juridique. Les juges sont sur ce point peu disert, d'autant que le comportement de l'agent ne leur paraît pas fautif. En effet, il est considéré que le fait pour l'agent de prendre contact avec des mandants potentiels, concurrents du mandant actuel, n'est pas déloyal en l'absence d'une clause de non-concurrence susceptible de s'opposer à la conclusion ultérieure d'un contrat d'agence ; il nous semble que la référence à l'existence d'une clause de non-concurrence ne s'imposait pas. Nous ne voyons pas en quoi une simple prise de contact constituerait une déloyauté. Par ailleurs, il est décidé que le fait qu'un simple prospect du mandant actuel s'adresse à un concurrent sans avoir été orienté par l'agent pendant l'exécution de son contrat, ne constitue pas plus une violation de l'exclusivité contractuelle pesant sur le diffuseur. Non-fautif, l'agent ne pouvait voir, à ce titre, l'indemnité de rupture réduite.

Plein et entier, le quantum du droit à indemnité devait être établi. La Cour, rappelant l'usage prétorien de la fixation de l'indemnité à deux ans de commission, s'en écarte toutefois pour la réduire à six mois. Les juges assoient cette réduction sur, d'une part, la durée de la relation, relativement brève (trois ans) et, d'autre part, sur le constat de la conclusion immédiatement après rupture, d'un nouveau contrat d'agent autorisant, faute de clause de non-concurrence post-contractuelle, la prospection de la clientèle de l'ancien mandant. Cette dernière considération paraît bel et bien de nature à limiter la perte de rémunération résultant de la cessation de la relation antérieure. Qu'elle conduise à fixer l'indemnité à six mois de commission est le résultat d'un calcul dont la formule exacte nous échappe...

S. Brena

Points de vue pratiques

CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/16174

Déséquilibre significatif au-delà des clauses et déroulement des enquêtes

Faits. Selon l'arrêt rapporté, la DGCCRF a mené en 2013 et 2014 une enquête destinée à vérifier que la « guerre des prix » menée par les distributeurs français dans un contexte de crise économique et de stagnation du pouvoir d'achat ne s'accompagnait pas de l'imposition de clauses ou de pratiques contrevenant aux dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce et notamment à l'article L. 442-6 I 2°, des abus ayant été dénoncés par l'ANIA, la FNSEA et Coop de France dans une lettre commune adressée en juin 2014 au Premier ministre et publiée dans LSA. L'enquête a notamment donné lieu à auditions de 46 fournisseurs sous couvert d'anonymat, ainsi qu'à des visites et saisies dans les locaux d'un distributeur, la SAS ITM (ci-après « ITM »). Reprochant à ITM d'avoir mis à exécution un « *plan d'action et de sécurisation* » élaboré dès mai 2014 et destiné à obtenir de ses fournisseurs, sans élément nouveau survenu depuis la conclusion des contrats cadres le 1^{er} mars 2014 et sans contrepartie, une baisse de

Points de vue pratiques

prix sous forme de remises supplémentaires (« additionnelles ») compensant sa perte de marge, ce qui caractérisait la tentative de soumission de chacun de ses fournisseurs à un déséquilibre significatif, le Ministre a assigné ITM. Le Tribunal de commerce de Paris a estimé l'infraction caractérisée et a infligé à ITM une amende de 2.000.000 d'euros, avec exécution provisoire (T. com. Paris, 5 juill. 2023, n° 2015024902). Sur appel de ITM, le jugement est confirmé pour l'essentiel, sauf notamment à ramener à cinq au lieu de neuf le nombre des fournisseurs victimes de la pratique et non des moindres (dont Colgate, Henkel ou Mondelez).

Problèmes. Les moins pressés d'entre nos lecteurs ne pourront faire l'économie d'une lecture de cet intéressant et volumineux arrêt, aux préoccupations multiples, dont certaines ont pu être rapportés à la Lettre dans d'autres affaires récentes (ex. examen de l'affaire sous le volet « pénal » de l'article 6 de la CEDH, à *rapp.* Paris, 15 mars 2023, n° 21/13227 et 21/13481, Lettre distrib. 04/2023, nos obs.), car nous nous limiterons ici à un focus sur certains sujets. Le premier sera relatif au pouvoir des enquêteurs lors d'investigations menées sur le fondement de l'article L. 450-3 auprès de l'entreprise suspectée de la mise en œuvre de pratiques prohibées et à celui du risque de divulgation ultérieure des constats effectués auprès des fournisseurs à raisons de vicissitudes du procès, en dépit des mesures d'anonymat mises en œuvre pas les enquêteurs. Le deuxième, maintes fois rencontré mais qu'il est utile de rappeler, traite du champ d'application matériel de l'article L. 442-6 I 2° aux simples pratiques non formalisées par écrit.

Solutions

- Sur le pouvoir des enquêteurs d'entendre dans le cadre d'une enquête « simple », les personnes susceptibles d'avoir participé à la commission d'une infraction, la Cour d'appel juge qu'« en procédant à des auditions poussées, parfois tendues et comprenant des questions auto incriminantes sans information préalable des personnes entendues sur leurs droits en pareilles circonstances, sur le fondement de l'article L 450 -3 du code de commerce sans nécessité pour le contrôle opéré, les agents de la DGCCRF ont excédé leurs pouvoirs. Les déclarations ayant ainsi été obtenues illicitement, peu important qu'un avocat ait été présent lors des auditions puisque le cadre juridique était inadéquat, la production et l'exploitation dans le cadre du procès des procès-verbaux qui les consignent sont déloyales et portent irrémédiablement atteinte au droit au procès équitable de la SAS ITM, la discussion contradictoire ne lui permettant pas d'en contester utilement le contenu ».

- Sur l'anonymat des PV établis auprès des fournisseurs, il n'est pas en lui-même débattu, l'arrêt se limitant à relater le sujet dans l'exposé du litige au stade de la première instance. Le propos constitue plus une information qu'une solution de droit aux termes de l'arrêt. L'on relève en effet que, suite à incident de production forcée de pièces provoqué par le défendeur, deux jugements avant-dire droit « ont ordonné la communication par le Ministre à la SAS ITM de tous les procès-verbaux établis en juin et juillet 2014 au cours de l'enquête menée auprès de 46 fournisseurs, puis l'accès au conseil de la SAS ITM et à son directeur juridique, préalablement engagés à la confidentialité, aux procès-verbaux non anonymisés, à l'exception des informations relatives aux concurrents ». La lecture de la décision en première instance étant plus précise, il conviendra de s'y reporter.

- Sur le champ d'application matériel de l'article L. 442-6 I 2° aux simples pratiques non formalisées par écrit, la Cour juge que « l'imposition d'une baisse tarifaire non formellement contractualisée peut constituer la soumission (ou sa tentative) à une obligation au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce. Cette interprétation, conforme à la lettre et à l'esprit du texte, est compatible avec la substance de l'infraction (...) ».

Nous observerons sur les sujets ci-dessus dans l'ordre où l'arrêt les évoque.

Observations

1. Champ d'application de l'article L. 442-6 I 2° et simples pratiques non formalisées par écrit. La solution s'inscrit dans la continuité d'arrêts antérieurs de la même Cour. Le Ministre n'a d'ailleurs pas manqué de verser aux débats autant d'arrêts qui se réfèrent expressément à la sanction de pratiques, distinguées pour l'occasion des clauses (Paris, 18 sept. 2013, n° 12/03177 ; Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784 ; Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 et Paris, 15 mars 2023, n° 21/13227. *Rapp.* Lettre distrib. 04/2023, préc.). La Cour rappelle entre autres au soutien de cette solution, la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-85 qui évoque « la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer » et rappelle que l'article L. 442-6 du code de commerce a pour objet "l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats", signe que les premières peuvent s'exprimer dans la formation et l'exécution des seconds auxquels elles ne se réduisent pas, [et] s'est prononcé sur l'intelligibilité du concept de "déséquilibre significatif" et non sur la nature et la source des obligations qui le créent ». Par un raisonnement a fortiori, les juges rappellent qu'il s'agit de sanctionner par la responsabilité civile « un fait juridique » et

que « s'appliquant également à la tentative de soumission, commencement d'exécution qui a par hypothèse manqué son effet, il est évident que l'obligation créant le déséquilibre significatif n'a pas à être formalisée dans un contrat, cette analyse n'étant pas destinée, comme le soutient la SAS ITM, à pallier une carence ou une contradiction législative mais à restituer à la loi sa cohérence pour garantir sa pleine effectivité ». Le comportement de l'auteur - fait juridique - prime sur le succès rencontré de dernier ou, lorsqu'il s'avère fructueux, sur l'instrumentum, au point que le premier est sanctionnable même en l'absence du deuxième : le défaut de formalisation contractuelle n'absout pas la pratique, en l'état de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, qui nous semble sur ce point respectueuse des textes. Dans ce contexte, le moyen, si rien n'interdisait de le tenter, semblait d'avance vain.

Profitez de l'occasion pour signaler qu'à propos de la compensation de marge qui fut l'une des pratiques antérieurement listées dans l'ancien article L. 442-6 I 1°, la Cour rappelle que « la liste développée par des lois successives a finalement été supprimée par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 dont l'objet n'était pas d'autoriser les pratiques antérieurement visées mais de « recentrer la liste des pratiques commerciales autour de trois pratiques générales » (*Rapport au Président de la République, signe supplémentaire que l'ajout opéré en 2014* [adjonction dans l'article L. 442-6 I 1° de la pratique consistant en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité] sur l'interdiction n'était qu'illustratif ». L'enseignement en est que ce type de pratique demeure prohibée si se vérifient, dans des litiges même les plus récents, les conditions d'application de l'article L. 442-1 I.

2. Enquêtes « simples » et pouvoir des enquêteurs d'entendre les personnes susceptibles de se voir reprocher la commission d'une infraction. La Cour, voyant dans les investigations auprès des personnels d'ITM, certaines demandes allant au-delà de celles dont dispose l'article L. 450-3 C. com. en matière d'enquête dite « simple », limitées à la communication de divers éléments prévus par le texte et « nécessaire au contrôle », rappelle que ce dispositif ne confère pas aux enquêteurs un pouvoir général d'audition ou de perquisition. Il est donc considéré que les déclarations obtenues auprès d'ITM, moyennant notamment des questions précises pouvant parfois traiter de la caractérisation même de l'infraction, voire de nature à favoriser l'auto incrimination, l'ont été de manière illicite. Leur production dans le cadre du procès, des PV qui les consignent sont donc jugées déloyales et portent atteinte de manière irrémédiable au droit au procès équitable. Bien que refusant, contre ce qui lui était demandé au principal et faute de base légale, d'annuler les PV litigieux, dont le contenu confirmait la réalité d'auditions car « très au-delà du cadre limité et circonscrit au recueil de renseignements » rattachés au contrôle, la Cour considère qu'« au regard de la nature du vice intrinsèque qui affecte les pièces 17 à 22 du ministre chargé de l'économie, ces dernières, dont la constitution même est déloyale dans son ensemble et qui n'ont aucune force probante, seront déclarées irrecevables ». En l'espèce, il est possible que les enquêteurs aient gâté leurs constatations en voulant, peut-être, les rendre plus éloquentes (*contra* : Paris, 15 mars 2023, n° 21/13227 et 21/13481, Lettre distrib. 04/2023, nos obs.). Nul ne doute que ces derniers sauront, à l'avenir, en tirer les enseignements au plan pratique lors de leurs investigations. Mais les services du Ministre n'étaient pas absolument dépouillés d'éléments à faire valoir à titre de preuve, puisqu'ils disposaient, entre autres de procès-verbaux, eux aussi « d'auditions », mais établis auprès de fournisseurs entendus.

3. Anonymat des procès-verbaux établis auprès des fournisseurs. Suite aux abus dénoncés dans la presse spécialisée sans que n'aient été pour autant désigné leur(s) auteur(s), l'idée que les constats réalisés auprès de 46 fournisseurs auraient pu ou ont pu, entre autres, être pris en compte (ce que l'arrêt peut nous inviter à deviner mais sans certitude) pour présenter au JLD la demande d'enquête « lourde » de l'article L. 450-4 C. com., pratiquée fin juillet 2014 dans les locaux d'ITM, ne nous semble pas si baroque. Les fournisseurs n'étaient pourtant ni plaignants, ni les auteurs du courrier paru dans LSA et qui semble avoir été le détonateur de l'affaire. Soyons clairs sur deux points : D'une part, les principes du procès équitable, dont le respect des droits de la défense, doivent bénéficier à tout justiciable. D'autre part, rien ne peut ici nous amener à estimer que les enquêteurs ont pu manquer de sincérité sur l'anonymat annoncé aux fournisseurs. Cela étant, même si les déclarations sont anciennes, il n'en demeure pas moins que l'on pourrait comprendre l'éventuelle amertume ressentie par certains fournisseurs, tenus de coopérer à l'enquête et entendus à cette occasion sous le secret, mais dont les déclarations auront pourtant été, malgré les tentatives du Ministre de s'y opposer, divulguées et prises en compte pour motiver la condamnation de leur client d'alors et qui l'est probablement encore de nos jours. Et de cette expérience des uns

Points de vue pratiques

peut découler une appréhension des autres à déclarer sincèrement et entièrement dans le cadre de futures investigations, visant pourtant à lutter contre des comportements nuisibles à l'équilibre et la loyauté des relations commerciales. Pour les observateurs que nous sommes, le signal donné par cet arrêt n'est donc pas des plus heureux dans le cadre de la lutte contre les pratiques abusives. Le *modus operandi* reste donc encore perfectible pour parvenir à un récit conciliant efficacité des enquêtes, procès équitable et effectivité de la loi. Il y aurait enfin bien à dire au plans des conseils pratiques à donner aux fournisseurs afin de ne pas compromettre les enquêtes destinées à les protéger, voir leurs actions individuelles en restitutions, mais c'est là un tout autre sujet.

J.-M. Vertut

CA Paris, 29 juin 2023, n° 19/20254

Un Chablis à température ! Allocation GD supprimée, mandant fautif et agent triplement indemnisé...

Faits. Une société spécialisée dans la vente de vin sous AOC Chablis mandate un agent commercial afin d'assurer le développement de ses ventes auprès de la Grande Distribution (GD) et plus précisément des centrales d'achat SCADIF et SCAPNOR (Leclerc). Suite aux très mauvaises récoltes 2016 et 2017, et à une baisse de 60% de la production de ses producteurs partenaires, le mandant informe ces centrales qu'il ne participera pas à l'appel d'offres et ne pourra pas livrer de vin. La suspension des livraisons est effective pendant deux ans. A l'issue, l'une des deux centrales met fin à toute collaboration. L'agent – se plaignant d'avoir perdu 98% de son chiffre d'affaires – saisit le tribunal compétent pour obtenir la résiliation du contrat d'agence aux torts du mandant.

Problème 1. Le mandant soutient que cette décision ne saurait lui être reprochée dès lors qu'elle est justifiée par des circonstances assimilables à un cas de force majeure voire d'imprévision. Ce à quoi l'agent s'oppose. Ce faisant, la suspension de l'approvisionnement du client, justifiée par des conditions climatiques exceptionnelles et une baisse de la production, peut-elle exonérer le mandant de toute faute vis-à-vis de l'agent commercial et de la résiliation judiciaire du contrat à ses torts ?

Solution. La Cour, sur le fondement des « dispositions du code civil antérieures [à la réforme du droit des contrats] », écarte dans un premier temps l'imprévision « en raison du principe d'intangibilité des conventions ». Il en va de même de la force majeure dès lors que les conditions jurisprudentielles cumulatives classiques ne sont pas réunies : l'obligation de livrer n'était pas impossible, « malgré la chute de la production de Chablis liée aux événements climatiques de 2016 et 2017, du vin a été produit par les domaines partenaires du mandant » ; les circonstances climatiques étaient temporaires et ne pouvaient donc pas relever de la force majeure. Le mandant n'est donc pas fondé « à invoquer la force majeure pour justifier la réduction drastique des allocations de vin ». En conséquence, si la chute des volumes de production devait nécessairement affecter le volume distribué auprès de la grande distribution, « cette chute devait néanmoins être proportionnelle à celle de la production ». Or, la réduction du volume à destination de ce secteur est de 98% alors qu'elle n'est que de 32% pour la vente de vin en vrac. Le mandant n'a donc pas « donné à son agent les moyens d'exécuter son mandat et a sciemment privilégié certains modes de distribution au détriment du mandat confié à [l'agent], ce qui caractérise un défaut de loyauté ». En outre, celui-ci a pris rendez-vous avec l'une desdites centrales sans en informer son agent alors que « l'obligation de loyauté impliquait [...] que ce dernier soit avisé de toute démarche commerciale ou de toute opération commerciale effectuée sans son intermédiaire », peu important qu'aucune exclusivité de clientèle n'ait été concédée. Et la Cour d'en conclure : « ces manquements graves et répétés justifient la résiliation du contrat aux torts [du mandant] ».

Observations. L'argument de la force majeure ne pouvait ici prospérer : l'impossibilité d'exécution était feinte et procédait davantage d'une stratégie commerciale visant à privilégier certains clients (CHR, Export) plutôt que d'autres. Aucune « irrésistibilité » donc. En cessant tout approvisionnement de la GD, le mandant n'a donc pas respecté les dispositions de l'article 134-4 al. 3 C. com. (« mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ») et a violé son obligation de loyauté. Pour la Cour, le mandant aurait dû allouer à l'enseigne un volume dont la baisse devait être proportionnelle à celle de la production. Cette affirmation générale nous paraît discutable. Le mandant doit en effet rester libre, dans de telles circonstances, d'affecter les allocations selon d'autres paramètres objectifs que le seul effet mécanique de la baisse de production. Par exemple, en tenant compte de la pérennité des relations voire du niveau de marges de chacun des clients/partenaires. Si cette décision de différenciation entre les canaux

de distribution est objectivement justifiée, les conséquences sur l'activité de l'agent ne devraient pas lui être imputables notamment si le mandant a proposé des leviers alternatifs à l'agent pour compenser ses pertes de commissions (en ce sens Bordeaux, 14 sept. 2022, n° 19/04793 : Lettre distrib. 10/2022, nos obs.). Mais il est vrai que des décisions récentes semblent s'intéresser davantage aux conséquences économiques pour l'agent qu'aux causes objectivement démontrées (Rennes, 26 avr. 2022, n° 21/03494 : Lettre distrib. 05/2022).

En outre, quand bien même le mandant parviendrait-il à justifier d'un cas de force majeure justifiant la rupture du contrat, serait-il pour autant exonéré du paiement de l'indemnité légale de fin de contrat ? Rien n'est moins sûr : certaines décisions interprètent strictement et limitativement l'article L134-13 (Paris, 26 mars 2015, n° 14/06339) et écartent toute autre cause exonératoire que celles prévues par ce texte (rupture à l'initiative de l'agent ; faute grave) ; d'autres, au contraire, en font un rempart efficace (Versailles, 20 mars 2014, n° 12/06455 ; Com., 3 avr. 2013, n° 12-15.000 : cassation pour absence de réponse par la Cour d'appel aux arguments de l'appelant faisant valoir que les difficultés d'approvisionnement constituaient pour elle un cas de force majeure).

Problème 2. Outre l'indemnité légale de fin de contrat, l'agent peut-il obtenir réparation du manque à gagner du fait de cette absence de livraison pendant deux ans ainsi que de l'atteinte à sa réputation professionnelle liée au rendez-vous pris sans l'en informer ?

Solution. La Cour accueille les demandes de l'agent. Concernant d'abord le manque à gagner, il est précisé que cette indemnité « n'a pas vocation à réparer le même préjudice que l'indemnité de cessation de contrat, qui a pour objet de réparer la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties ». Or, le mandant a commis une faute contractuelle engageant sa responsabilité en refusant de fournir du vin. Néanmoins, et contrairement aux demandes de l'agent, cette indemnisation ne saurait être fixée à deux années de commissions calculées sur la moyenne des commissions habituellement perçues au regard de la faiblesse des volumes de production pour ces deux récoltes. Le manque à gagner est donc fixé à 60% (chute de la production) desdites commissions théoriques déduction faite des commissions effectivement perçues. L'agent obtient enfin réparation du préjudice lié à l'atteinte à sa réputation professionnelle.

Observations. Relevons d'abord qu'au titre de l'indemnité légale, l'agent perçoit deux années de commissions. Motifs : les relations ont duré huit ans et l'agent n'a commis aucune faute (pas de référence ou d'application automatique des « usages »). Quant au manque à gagner, son succès est directement lié à la date à laquelle la rupture du contrat aux torts du mandant est arrêtée par la Cour, soit au jour du rendez-vous fautif entre le mandant et l'enseigne. Autrement dit, postérieurement aux deux années « blanches ». Il s'agit donc de réparer la perte des commissions pour l'avenir du fait de la rupture (indemnité légale) mais aussi les commissions auxquelles l'agent aurait pu prétendre pendant la suspension des approvisionnements si le mandant avait exécuté ce dernier loyalement (manque à gagner pendant ces deux ans). Afin de déterminer ce dernier préjudice, la Cour retient un manque à gagner en référence aux commissions qui auraient été perçues si 60% des volumes habituels avaient été livrés à la grande distribution. Solution qui pourrait inciter les mandants à mettre un terme au contrat d'agent commercial au moment même où la suspension (totale ou partielle) des livraisons est actée et risquer, dans ce cas, le paiement de seule indemnité légale... En outre et en écho à ce qui précède, le préjudice réel ne correspondrait-il pas davantage à une perte de chance de percevoir des commissions pendant cette période plutôt qu'à un manque à gagner ? Autrement dit, un degré d'incertitude plus élevé (I. Dusart et J. Gasbaoui, *L'évaluation du préjudice économique*, éd. LexisNexis) lié à la réorganisation commerciale et aux volumes raisonnables qu'aurait pu affecter le mandant à chacun des clients dont la grande distribution ? Cette question, éminemment économique, nécessite de s'assurer de la température du Chablis...

A. Louvet

CEPC, 22 juin 2023, Avis n° 23-6

Les conditions afférents la modification des tarifs par le fournisseur

Faits. La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a été interrogée par un professionnel sur les obligations faites aux fournisseurs en matière de divulgation des tarifs, d'observation d'un délai de prévenance pour les changements tarifaires et de hausses éventuelles de prix pour une commande déjà reçue et confirmée par écrit.

Points de vue pratiques

Problème. Les questions posées à la CEPC portent sur : (i) quelles sont les obligations d'un tel fournisseur quant à la divulgation de ses tarifs ? (ii) quels délais de prévenance seraient applicables à tout changement tarifaire dont ce fournisseur serait l'auteur ? (iii) est-il possible de modifier à la hausse les prix de commandes déjà reçues et confirmées par écrit ?

Solution. La CEPC répond : « *Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, qui établit des conditions générales de vente (CGV), a une obligation de divulgation de ses tarifs, c'est-à-dire de son barème de prix, mais aussi de ses conditions de vente à l'égard d'un acheteur potentiel qui en fait la demande. Les CGV peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs. Dans ce cas, l'obligation de communication porte sur celles applicables aux acheteurs relevant de la même catégorie que celui qui en fait la demande. Lorsqu'une négociation entre les parties ayant, le cas échéant, pour socle les CGV du fournisseur (article L. 441-1 du code de commerce) aboutit à un accord, une convention unique ou récapitulative doit être conclue (articles L. 441-3, L. 441-4 et L. 443-8 du code de commerce en fonction des produits concernés).*

Toute modification unilatérale des tarifs, qu'elle soit initialement prévue dans les CGV du fournisseur acceptées par son partenaire ou au contrat conclu entre les parties, ou encore décidée ultérieurement par le fournisseur dans le cas où le cadre contractuel n'évoque pas cette question, doit être acceptée par le partenaire pour qu'elle s'applique à lui. Le principe de bonne foi contractuelle s'impose aux parties dans les négociations et commande le respect d'un préavis minimal. En cas de rupture de la relation commerciale, un préavis suffisant devra être respecté, sauf si le fournisseur, dans le cadre et les conditions de l'expérimentation prévue par la loi n° 2023-221 dite Descrozailla, décide de mettre fin à la relation commerciale avec le distributeur sans préavis.

Si la modification des tarifs résulte d'une clause d'indexation licite, d'une clause de renégociation ou d'une clause de révision de prix, l'application du nouveau prix en résultant peut intervenir soit automatiquement dans le cas de la clause de révision ou d'indexation, soit au terme d'une nouvelle négociation entre les parties selon les clauses de renégociation prévues au contrat.

Enfin, à moins d'être déjà prévue dans le contrat ou de donner lieu à un accord postérieur à celui-ci, il ne peut y avoir d'évolution des prix sur une commande déjà reçue et acceptée par le fournisseur ».

Analyse. Les questions posées à la CEPC sont contemporaines d'un contexte économique inflationniste, dans lequel le prix des matières premières et de l'énergie a subi de brutales augmentations impactant le prix de revient des produits et services. Cet avis a le mérite de rappeler le cadre juridique dans lequel s'inscrit la modification des tarifs initiée par le fournisseur.

Le principe du consensualisme dans les contrats impose qu'après la rencontre de l'offre, formalisée par les conditions générales de vente (« CGV ») lorsqu'elles existent, et de l'acceptation, formalisée elle-même par la passation de la commande, ou, selon la rédaction de la clause, par sa validation par le fournisseur, le prix ne peut plus être modifié, sauf à ce que les parties concluent un accord postérieur.

La modification unilatérale des tarifs, élément constitutif des CGV, par le fournisseur, est donc impossible sans l'accord de l'acheteur. La CEPC rappelle sa solution rendue dans son avis n°16-11 considérant que « *tant qu'elles n'ont pas été acceptées par le cocontractant, les CGV n'ont pas de valeur contractuelle* ».

Les mécanismes de modification du prix consentis contractuellement par les parties permettent la modification des tarifs selon les modalités qu'ils définissent (i.e. clauses d'indexation, de révision de prix ou de renégociation).

La CEPC n'évoque pas dans son avis la question de la possibilité pour les parties, de stipuler une clause de « tarifs en vigueur à la livraison ». En effet, cette clause est valable à la condition que le prix soit déterminable en fonction d'éléments qui ne relèvent pas de la seule volonté du vendeur. Cela est le cas lorsqu'il existe un cours résultant d'un marché organisé ou encore lorsque le prix est établi par un tiers (Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, n° 95-16.720).

En tout état de cause, la CEPC précise que la modification tarifaire doit respecter un délai de prévenance qui repose sur le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats (C. civ. art. 1104), et dans les négociations commerciales. Sur ce dernier point, la loi « Descrozailla » n° 2023-221 du 30 mars 2023, instaure, dans le cadre de la convention commerciale relative aux produits de grande consommation, une obligation de conduire les négociations de bonne foi (C. com. L 441-4 IV) sanctionnée par une nouvelle pratique restrictive dans le cas où le manquement aurait pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'une convention avant le 1^{er} mars (C. com. L 442-1 5°).

Pour autant la CEPC précise qu'aucune disposition légale générale ne statue sur la durée du délai de prévenance pour modifier les tarifs. Mais la CEPC indique que « *le principe de bonne foi commande d'informer*

l'autre partie préalablement à l'activation de ces clauses ». Il existe en outre un préavis spécifique pour la mise en œuvre d'une clause de révision automatique des prix pour les produits alimentaires, d'un mois après déclenchement de la clause (C. com. L443-8).

En revanche, si l'acheteur refuse le nouveau prix, le fournisseur devra respecter, outre ses engagements contractuels, les dispositions de l'article L 442-1 II sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales, en accordant à son client professionnel un préavis écrit dont la durée est déterminée au regard de la durée des relations commerciales et des critères définis par la jurisprudence.

La Cour de cassation est venue préciser que : « *sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation aux conditions antérieures* » (Com., 10 février 2015, n° 13-26.414).

Mais les circonstances économiques ont conduit le législateur à tempérer ce principe et exiger que pour la détermination du prix applicable pendant le préavis soit tenu compte « *des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties* ».

De plus, l'article 9 II de la loi a introduit une disposition très favorable au fournisseur et applicable à toutes les conventions uniques dont la signature est soumise à l'échéance du 1^{er} mars, disposant que pour une durée expérimentale de 3 ans, en l'absence de convention conclue au plus tard le 1^{er} mars (ou dans les 2 mois pour les produits soumis à un cycle de commercialisation particulier), le fournisseur aura le choix de mettre fin à la relation commerciale sans préavis en l'absence de convention nouvellement formée ou demander l'application d'un préavis dans les conditions susvisées de l'article L 442-1 II. Les parties pourront également saisir le **médiateur** des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises pour conclure, sous son égide avant le 1^{er} avril, un accord fixant les **conditions d'un préavis**, qui tient notamment compte des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties. En cas d'accord sur ce préavis, le **prix convenu s'appliquera rétroactivement** aux commandes passées à compter du 1^{er} mars. En cas de désaccord, le fournisseur pourra mettre fin à la relation sans rupture brutale.

Pour rappel, la CEPC (Avis n°10-15) estimait qu'en l'absence de convention conclue au 1^{er} mars, la relation commerciale devrait être considérée comme inexistante, de sorte qu'aucune commande ne devrait être passée, ni aucune livraison effectuée. Mais cette position pouvait se heurter à l'article L. 442-1 qui proscriit la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie.

La loi n° 2023-221 instaure donc des conditions favorables pour le fournisseur qui souhaite modifier ses tarifs dans le cadre des négociations annuelles.

K. Biancone

En bref...

CA Lyon, 6 juillet 2023, n° 19/07086

Agent commercial : précisions sur la notion de produits concurrents et sur le calcul de l'indemnité

Pour apprécier l'existence d'une faute grave de l'agent commercial, les juges estiment qu'il convient de se référer aux fautes alléguées par le mandant dans la lettre de rupture adressée à l'agent. En l'espèce, aucune faute grave ne peut lui être reprochée car, d'une part, la baisse de chiffre d'affaires alléguée ne lui est pas imputable et, d'autre part, la représentation de produits non concurrents n'est pas constitutive d'une faute grave. S'agissant de la baisse du chiffre d'affaires, les juges soulignent le contexte économique difficile et l'augmentation des prix pratiqués par le mandant. S'agissant de la représentation d'autres produits, les juges constatent que le second mandant fournit des produits sur mesure tandis que le premier fournit des produits standards et n'a pas la capacité de produire de nombreux éléments.

Si l'usage est d'accorder une indemnité correspondant à deux années de commissions, le juge n'est pas lié par ce calcul. Les juges décident d'écarter le taux moyen retenu par l'expert au profit du taux contractuel supérieur car, du fait de leur ambiguïté, les documents soumis à expertise ne permettent pas d'établir l'existence d'un taux moindre convenu entre les parties. Les juges considèrent, en outre, que la baisse des commissions et le fait que l'agent ait représenté un autre mandant n'exclut pas l'existence d'un préjudice du fait de la rupture du contrat et appliquent, en conséquence, les « modalités d'indemnisation usuelles » en tenant compte de la durée de la relation.

Y. Idani