

pouvoir de négociation ; que l'utilisation de la qualité d'agent dans les documents et correspondances de l'intermédiaire est sans emport ; que la durée du contrat n'est pas un critère pertinent de qualification du contrat d'agence commerciale. La qualité de courtier est ainsi retenue.

**Analyse.** Une telle solution est particulièrement intéressante en ce qu'elle repose, nous semble-t-il, sur la notion de « mise en relation », dont elle éclaire le contenu. Cette notion a été, récemment et formellement, utilisée par la Cour de cassation afin d'écarter la qualification d'agent commercial (Com., 10 févr. 2021, n° 19-13.604, Lettre distrib. 03/2021 et nos obs.). Nous regrettons alors la méthode, consistant à ne pas la définir tout en lui faisant produire un puissant effet de disqualification. L'arrêt commenté permet fort utilement, sinon d'en dessiner, du moins d'en deviner les contours. Ainsi, la « mise en relation » exclut, avant la conclusion du contrat, les activités tendant à inciter activement le client potentiel à passer commande (I.) ; après la conclusion du contrat, elle autorise la prise en charge d'opérations de suivi de la clientèle (II.).

I. – Le contenu de la mission de l'intermédiaire avant la conclusion du contrat est, évidemment, essentiel à la qualification d'agent commercial – ou à son rejet. En effet, l'article L. 134-1 du Code de commerce définit l'agent comme le mandataire chargé de négocier et éventuellement de conclure des contrats pour le compte de son mandant. La négociation précédant la conclusion du contrat (concrétisant le développement de la clientèle), c'est durant cette période que l'activité de l'intermédiaire sera scrutée. La CJUE a récemment consacré une conception extensive du pouvoir de négociation (maladroïtement désigné en l'espèce par la « représentation [du donneur d'ordre] [...] dans la conduite de négociations commerciales directes avec des clients », en excluant la nécessité, pour l'agent, de disposer de la faculté de modifier les prix proposés par le mandant et, plus généralement sans doute, de la faculté de modifier les conditions contractuelles (CJUE, 9<sup>e</sup> ch., 4 juin 2020, n° C-828/18 ; *adde* Com., 2 déc. 2020, n° 18-20.231). Il en résulte que le pouvoir de négociation est caractérisé par les actions de l'intermédiaire tendant à convaincre les prospects de passer commande. Or, en l'espèce, il est relevé qu'aucun échange n'avait eu lieu entre lui et les clients et qu'il n'avait été destinataire d'aucune commande, si ce n'est la réception d'appels d'offres mais à la demande du donneur d'ordre et non à l'initiative des clients.

Ces circonstances tendent ainsi à démontrer que la mission de l'intermédiaire ne portait pas, conformément aux stipulations du contrat, sur l'incitation à passer des commandes. De manière bien moins ambitieuse, l'intermédiaire était chargé de mettre en contact le donneur d'ordre et les prospects, ce qui signifie certainement transmettre au donneur d'ordre les informations lui permettant d'identifier ses clients potentiels et de débiter des négociations avec ces derniers ; prestation qui va certainement au-delà de la simple identification des clients potentiels, pour également porter sur leur sélection et sur la fourniture d'informations importantes (situation financière ; volumes de commandes possibles ; perspectives d'évolution ; interlocuteurs privilégiés...). Il nous semble que, dans ces circonstances et comme en ont décidé les juges grenoblois, la décision de rejet de la qualification d'agent commercial s'impose : l'intermédiaire n'engage aucune discussion avec les clients potentiels (il pourrait même n'avoir aucune relation avec cette clientèle potentielle, se contentant de l'identifier sans aller à sa rencontre) ; il se fait « marchand de liste », sans chercher à convaincre le prospect. Sans apporter plus de précision sur ce point, l'arrêt indique que l'intermédiaire avait pour mission de communiquer aux clients des informations relatives aux produits et aux prix : exécutée avant la conclusion du contrat, cette mission de prise de contact avec les prospects et de communication d'informations pourrait flirter avec les limites du pouvoir de négociation, en ce qu'elle concrétiserait des efforts de l'intermédiaire tendant à susciter la prise de commande. Mais cet aspect de la mission de l'intermédiaire n'était pas en l'espèce exploitée et avait par ailleurs vocation à se prolonger au-delà de la passation des commandes.

II. – La mission de l'intermédiaire se prolongeait postérieurement à la conclusion du contrat. De prime abord, lorsque le contrat a été conclu par le client, le pouvoir de négociation dont doit être titulaire l'agent commercial n'a plus vocation à être exercé. Cependant, la Cour opère ici, en creux, une distinction intéressante entre l'activité de suivi de la clientèle et celle de négociation.

La première est caractérisée par des interventions qui constituent le prolongement de commandes déjà passées par des clients du donneur d'ordre et ne permettent pas de remettre en question la qualification de courtier au profit de celle d'agent commercial. En l'espèce, le contrat de courtage imposait à l'intermédiaire de fournir aux clients les informations et conseils utiles relatifs aux produits (activité sur laquelle l'arrêt n'apporte pas plus d'indications que les seules stipulations contractuelles) ; l'intermédiaire était également chargé de la mise en place des produits chez le client et d'une assistance technique ; plus ponctuellement, il avait été conduit à réaliser des inventaires. Tout ceci

ne participe pas à l'incitation des clients à passer des commandes, ce qui justifie le maintien de la qualification de courtier. Plus exactement, la mission de suivi de la clientèle ne permet pas de remettre en cause la qualification initialement retenue au titre de l'activité développée au stade précontractuel (courtier ou agent commercial) : le suivi de clientèle n'est incompatible ni avec la qualité de courtier, ni avec la qualité d'agent commercial.

Cependant, les circonstances de l'espèce – qui justifient le maintien de la qualification de courtier – ne doivent pas occulter le fait que l'intermédiaire pourrait parfaitement se muer en agent commercial en raison des missions qui lui sont confiées auprès de la clientèle dans le prolongement des commandes déjà passées. En effet, si, sous couvert de suivi, l'intermédiaire est chargé du développement de la clientèle par incitation – négociation donc – à la conclusion de nouveaux contrats (sur de nouveaux produits par exemple), la qualification d'agent commercial s'imposera avec évidence.

Malgré la résistance de la Cour de cassation, la catégorie des courtiers a vocation à se réduire sous la pression du pouvoir de négociation largement compris qui caractérise l'agent commercial. Mais elle n'a pas totalement disparu, quand bien même l'intermédiaire interviendrait dans un domaine non spécialement réglementé, à titre permanent et au profit d'un donneur d'ordre professionnel. Elle accueillera l'intermédiaire simplement chargé de permettre au donneur d'ordre d'identifier ses clients potentiels et, le cas échéant, d'assurer le suivi de cette clientèle.

S. Brena

CA Paris, 17 mars 2021, n° 19/13965

## Prix d'achat élevés et impossibilité de pratiquer des prix de revente concurrentiels : fallait-il sauver la société Willy ?

En dépit de l'engouement doctrinal qu'il suscite, le contentieux de la fixation abusive du prix par le fournisseur dans les contrats cadres de distribution est loin d'être pléthorique (pour une prise de position récente de la Haute juridiction, v. cep. Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14026). C'est pourquoi on observera avec intérêt l'arrêt sous commentaire.

**Faits.** En l'espèce, la société Willy exploite une station-service. Suivant contrat d'approvisionnement exclusif conclu avec le pétrolier français Total, la société Willy obtient le statut de distributeur-revendeur de carburants sous l'enseigne Total pour une durée de cinq ans. Le contrat cadre fait l'objet de deux renouvellements successifs, pour la même durée. Puis, estimant que sous le statut de revendeur elle achète son carburant à un prix supérieur à celui payé par le consommateur final dans les stations Total sous le statut de commissionnaire, la société Willy entre en discussions avec le pétrolier pour remédier à la situation, avant de saisir le tribunal de commerce d'une demande indemnitaire pour manquement au devoir de bonne foi et abus dans la fixation du prix. Appel est interjeté par la société distributrice suite au rejet de cette demande.

**Problème.** Il revient ainsi à la Cour de déterminer si, dans le cas présent, le fournisseur a méconnu son devoir de bonne foi ou commis un abus dans l'exercice de son droit de fixer unilatéralement le prix d'acquisition du carburant en ne mettant pas sa partenaire en mesure de pratiquer des prix concurrentiels.

**Solution.** La Cour confirme le jugement entrepris en considérant que la société Willy échoue à démontrer que les différences de prix pratiqués dans la zone de chalandise entre les commissionnaires et elle-même sous statut de revendeur constituent un manquement du pétrolier à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat d'approvisionnement exclusif. Elle ajoute que le distributeur n'établit pas davantage que le fournisseur a abusé de son droit de détermination unilatérale du prix dès lors qu'il n'est pas démontré que le prix fixé ne lui permet pas de revendre le carburant en dégageant une rentabilité suffisante ou que le comportement de son cocontractant traduit une stratégie globale d'éviction des revendeurs au profit des concessionnaires.

**Analyse.** Le distributeur se plaint des différences de prix pratiqués entre les commissionnaires et lui-même sous statut de revendeur. En effet, le réseau de stations-services à enseigne Total est exploité selon plusieurs formules contractuelles : location-gérance, commissionnaires et distributeurs-revendeurs. Par le contrat de commission, l'enseigne confie à un commissionnaire la vente de carburants au prix qu'elle fixe et pour son compte, alors que, par le contrat distributeur-revendeur, le pétrolier vend le carburant au distributeur, lequel le revend au consommateur au prix qu'il fixe librement. Selon le distributeur, le prix d'achat du carburant au fournisseur est supérieur à celui payé par le consommateur dans des stations sous le statut de commissionnaire, ce qui caractérise un manquement au devoir de bonne foi et / ou un abus dans la fixation unilatérale du prix.

En matière de prix, la Cour rappelle d'abord l'application du principe de bonne foi posé par l'article 1134 ancien du Code civil, applicable à la

cause, faisant obligation au fournisseur de proposer à son cocontractant des conditions acceptables, afin que la convention procure à celui-ci son utilité. Ce faisant, les juges se rangent derrière une conception de la bonne foi de plus en plus répandue, consistant à sanctionner le comportement déloyal, tel un refus de renégocier, qui compromet la bonne exécution des obligations et qui empêche le partenaire de retirer du contrat l'utilité attendue (v. par ex. D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, 9<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 580). De cette conception, la Cour en déduit que la vente au consommateur final de carburant dans les stations sous statut de commissionnaire (prix « totem ») à un prix inférieur au prix vendu au revendeur (si elle est établie) sans proposer au cocontractant – comme une clause du contrat cadre lui en faisait l'obligation – des conditions pour y remédier autres que le changement de statut de revendeur en commissionnaire, est de nature à constituer le manquement à l'obligation de bonne foi. La preuve du manquement pesant sur le demandeur, il appartient donc au distributeur de prouver, en premier lieu, la vente à son profit du carburant à un prix supérieur au « prix totem », mais aussi en second lieu, l'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels tout en réalisant une marge suffisante pour exercer une activité viable et pérenne (v. déjà en ce sens, Com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, arrêt *Huard*). Or, la société Willy échoue dans la preuve de cette double condition.

S'agissant du prix d'achat des carburants, la Cour considère que les tickets de caisse produits rendent impossible toute comparaison dans la zone de chalandise de la station-service en cause entre le prix de vente du carburant des autres stations Total avec le statut de commissionnaire et le prix d'achat de la société Willy, à l'exception d'une seule station-service affichant un prix de vente certes inférieur à celui de la station Willy mais supérieur au prix d'achat du carburant par cette dernière.

S'agissant de la prétendue impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels, il est relevé que si la société Willy pratique des prix très élevés pour la région et est connue pour cela, elle n'établit pas que ces prix sont ceux en dessous desquels elle ne peut descendre sauf à vendre à perte ou à renoncer à appliquer une quelconque marge. En somme, le distributeur ne démontre pas en quoi la pratique tarifaire du fournisseur a affecté son activité.

En conséquence, la société distributrice est défaillante à rapporter la preuve que les différences de prix pratiqués dans la zone de chalandise entre les commissionnaires et elle-même sous statut de revendeur constituent le manquement du fournisseur à son obligation d'exécution de bonne foi de son contrat d'approvisionnement exclusif. Elle n'établit pas davantage que son partenaire a abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix de vente du carburant ou les conditions de vente au sein du réseau, alors qu'il n'est démontré ni que le prix fixé ne lui permettait pas de revendre le carburant en dégageant une rentabilité suffisante ni que le comportement de son cocontractant traduisait une stratégie globale d'éviction des revendeurs au profit des commissionnaires. À cet égard, la circonstance qu'il lui ait été proposé le passage du statut de revendeur à celui de commissionnaire et le fait que la part de stations-services opérant sous le statut de revendeur dans le réseau Total représente moins de 10 % des entreprises du réseau sont insuffisants à établir l'abus.

Si la solution peut sembler sévère pour le distributeur revendeur victime de prix de vente élevés et d'un refus de Total de les baisser, elle est logique sur le terrain du droit de la preuve. Signalons à cet égard l'évolution opérée dans le domaine de la preuve de l'abus par la réforme du droit des contrats de 2016, puisque le nouvel article 1164 du Code civil, consacrant le pouvoir de fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre, met à la charge de l'auteur de cette fixation une obligation de motivation en cas de contestation. Visant à contrebalancer le pouvoir accordé au créancier du prix, l'obligation légale de motivation impose à ce dernier de fournir au débiteur des explications en cas de contestation. Dès lors, on peut se demander si la séquence procédurale – demande de motivation/motivation/action en justice pour abus – ne conduit pas à une forme de renversement de la charge de la preuve : devant le juge, ce sera en pratique au créancier de prouver qu'il a correctement motivé sa fixation du prix et donc d'établir qu'il n'a pas commis d'abus ; là où dans le cours normal des choses, c'est à celui qui invoque un abus de le prouver (v. en ce sens, O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Lexisnexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 314). Inapplicable en l'espèce dans la mesure où les contrats litigieux sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme, l'article 1164 nouveau du Code civil aurait-il pu offrir à la société Willy une issue plus heureuse ?

L. Bettoni

CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 11 mars 2021, n° 18/03112

## Quand s'éloigne la qualification de loi d'application immédiate de l'article L.442-6, I, 5° C. com. ... du moins pour la Cour d'appel de Paris

L'arrêt sous commentaire sème un peu plus le trouble autour de la question du traitement de la sanction de la rupture brutale de relation commerciale établie dans un contexte international. Ceci à un double égard. En premier lieu, il interpellera certainement ceux qui s'interrogent encore sur la qualification de loi de police ou d'application immédiate de l'article L.442-6, I, 5°, devenu L.442-1-II, du Code de commerce. Mais, de plus, et en dépit de la constance à présent affichée par la Cour sur ce point, il demeure loisible de s'interroger sur la pertinence du choix de la qualification contractuelle à propos de la question du droit applicable à l'action en responsabilité civile exercée par la victime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

**Faits.** En l'espèce, une société viticole française, sans qu'un contrat n'ait été formalisé, entretenait depuis plusieurs années une relation commerciale avec une société canadienne, à la faveur de laquelle la société canadienne était chargée de promouvoir au Canada la vente de certains des produits de la société française. Estimant que sa confiance en son partenaire commercial avait été trahie, la société française rompit la relation sans préavis, ce qui conduisit la société canadienne à l'assigner en responsabilité devant le Tribunal de commerce de Marseille sur le fondement de l'article L.442-6, I, 5° C. com. Mais le tribunal de commerce jugea que la loi applicable au litige était la loi canadienne et débouta la société canadienne de toutes ses demandes. Sur appel, la société canadienne fit d'abord valoir devant la Cour d'appel de Paris que l'article L.442-6, I, 5° est une loi de police dont l'application immédiate s'impose à la société viticole, établie en France. Subsidiairement, elle ajoutait que la loi applicable est en tout état de cause la loi française, ceci au regard du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles, en tant que loi de survenance du dommage causé par la société française du fait de la rupture brutale. De son côté, la société française rejetait la qualification de loi de police de l'article L.442-6, I, 5°, et soutenait la compétence de la loi canadienne à un double titre. Tout d'abord en tant que loi du pays de la résidence habituelle du prestataire de services, à laquelle menait l'article 4 b) du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ensuite, et même à supposer délictuelle l'action en responsabilité de la victime d'une rupture brutale de la relation commerciale établie, le choix de la loi canadienne s'imposait en tant que loi du pays avec lequel la relation et le prétendu fait dommageable entretenaient les liens les plus importants (art. 4 Règl. Rome II).

**Problème.** La question était de savoir si l'article L.442-6, I, 5° représente ou pas une loi d'application immédiate n'est toujours pas à ce jour chose aisée.

**Solution.** La Cour tranche ici nettement en faveur d'une réponse négative. Estimant nécessaire de rechercher au préalable si les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° C.com. doivent être qualifiées de loi de police, la Cour articule un raisonnement en trois temps pour justifier que cette qualification ne se retrouve pas à travers les dispositions de l'article L.442-6, I, 5°. Tout d'abord, le point de départ du raisonnement se trouve dans le Règlement Rome I, ici pertinent selon elle puisqu'il est admis par la Cour de justice depuis l'arrêt *Granarolo* (CJUE, 14 juil. 2016, aff.C-196/16, concl. J. Kokott : Lettre distrib. 09/2016) que « l'action en réparation du préjudice lié à la rupture brutale des relations commerciales établies de longue date révélant une relation contractuelle tacite relève de la matière contractuelle, et ce indépendamment de sa qualification en droit national ». Ensuite, avant de se tourner vers les règles de conflit de lois prévues par ce règlement, il convient de rechercher si les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° doivent être qualifiées de lois de police au sens de l'article 9 du Règlement Rome I qui, du fait du caractère exceptionnel du recours à la méthode des lois de police, doit être interprété strictement. Or, constate enfin la Cour, « les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, quand bien même elles ont, en droit interne, un caractère impératif, contribuent à un intérêt public de moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles de participer au meilleur fonctionnement de la concurrence ; elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, celle victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, en lui laissant un délai suffisant pour se reconverter. Dès lors, ces dispositions ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable au contrat. La qualification de loi de police est donc écartée ».

**Analyse.**

I. Répondre à la question de savoir si l'article L.442-6, I, 5° représente ou pas une loi d'application immédiate n'est toujours pas à ce jour