

unique de la négociation commerciale », autorisait à penser, aux termes d'une interprétation maximaliste, qu'en cas d'incompatibilité entre CGV et CGA, les premières devaient primer (D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis 2020, n° 322). Ainsi, la disposition, reprise à l'actuel article L.441-1, III, visant à protéger le fournisseur, partie faible au contrat de distribution, évincerait l'application du droit commun, suppléant l'accord de volonté par un principe de primauté des CGV.

L'arrêt exclut une telle interprétation et affirme, à rebours, que, « en présence de conditions générales, dont des stipulations essentielles ne sont pas compatibles entre elles, il convient de considérer qu'elles s'annihilent les unes les autres et qu'aucune condition générale n'est applicable ». Le vendeur, en tentant d'imposer ses CGV, annexées à l'accusé de réception du bon de commande, a implicitement manifesté son refus de consentir aux CGA, ce qui exclut toute rencontre des volontés. Partant, il convenait d'appliquer le droit commun supplétif et la demande subsidiaire du vendeur, en annulation de l'article 1^{er} des CGA, au titre du déséquilibre significatif, était sans objet. Les CGV n'en étaient pas pour autant applicables, quoique la société B. ait par la suite maintenu sa commande et accepté les livraisons.

La décision rejoint un certain courant jurisprudentiel ayant de même refusé de conférer au texte une portée *contra* droit commun (Douai, 12 sept. 2019, n° 18/01021 ; Com., 10 janv. 2012, n° 10-24.847). Un arrêt récent s'inscrit également dans cette tendance (Civ. 1^{ère}, 9 juin 2021, n° 20-15.356), les juges faisant certes prévaloir la clause attributive de compétence contenue dans les CGV, mais au motif que l'acquéreur avait accepté ladite clause, l'accusé de réception de la commande renvoyant expressément aux CGV du fournisseur, aisément consultables. Quelle portée donner, dès lors, à l'expression « socle unique de la négociation » ?

II. – La portée de l'expression « socle unique de la négociation » – L'ordonnance du 24 avril 2019 maintient à l'article L.441-1, III du Code de commerce, l'affirmation selon laquelle les conditions générales de vente « constituent le socle unique de la négociation commerciale ». L'arrêt sous commentaire invite donc à s'interroger sur la portée du texte, les juges excluant la primauté automatique des CGV sur les CGA. Ne s'avère-t-il pas, ainsi interprété, une coquille vide ? En effet, en l'espèce, la société B., bien que n'ayant pas renoncé à sa commande en dépit de l'envoi, par le fournisseur, de ses CGV, n'est pas considérée comme ayant implicitement renoncé aux CGA, parce qu'elle avait pris soin de les joindre à son bon de commande. Tel aurait pu être le sens donné à l'actuel article L.441-1, III. La Cour s'y refuse, se livrant à une approche rigoureusement civiliste du consentement. Le droit commun des contrats autoriserait pourtant à voir, dans l'envoi des CGV, une contre-offre, et, dans le maintien de la commande et l'acceptation sans réserve des livraisons, l'acceptation tacite par la société B.

C'est donc sur le seul terrain du droit des pratiques restrictives de concurrence que l'expression de « socle unique de la négociation » conserve une portée effective. Plus précisément, l'affirmation selon laquelle les CGV, dès lors qu'elles sont établies, « constituent le socle unique de la négociation commerciale » impose un principe de négociabilité des conditions de vente et permet de caractériser la soumission ou la tentative de soumission de « l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », sanctionnée à l'article L.442-1, 2° du Code de commerce, lorsque le distributeur impose ses conditions générales d'achat en excluant toute négociation, négociabilité de ces clauses pré-rédigées (Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547). La sphère du droit des pratiques restrictives de concurrence prend son autonomie par rapport au droit commun des contrats et renforce la cohérence entre ses différents textes.

A. Bories

Cass. com., 27 mai 2021, n° 19-11.903

Conservation des revenus commerciaux malgré le statut de gérant de succursale : la Cour de cassation maintient le cap

Faits. La société SFR a conclu six contrats de distribution de ses produits et services avec la société ETE. Cinq ont expiré tandis que le sixième a été résilié par l'opérateur de téléphonie pour non-réalisation par le partenaire des objectifs contractuels. Par un arrêt du 9 octobre 2008 devenu irrévocable sur ce point, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu au dirigeant de la société ETE le statut de gérant de succursale. Peu après, la société SFR a assigné ledit dirigeant en réparation du préjudice causé, avec sa complicité, par les manquements contractuels de la société ETE, pour ne pas avoir exercé elle-même les prestations facturées, ce préjudice correspondant exactement au montant des dommages et intérêts versés, en exécution des décisions de justice, au titre des rappels de salaires et congés payés. Faisant droit à cette demande, la Cour d'appel de Paris a constaté que la société ETE n'avait jamais déduit des rémunérations perçues en vertu des « contrats

partenaires » la part de rémunération représentative de l'activité personnelle du dirigeant au titre de ses fonctions de gérant de succursale et estimé que le défaut d'initiative de ce dernier de faire opérer cette déduction constituait une faute « ayant permis à la société qu'il dirige d'encaisser la part de rémunération contractuelle trop perçue au regard de la partie non exécutée » des contrats partenaires. La Cour en conclut que le dirigeant devait répondre, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, du dommage causé à la société SFR par la mauvaise exécution des contrats par la société ETE.

Problème. Sur pourvoi du dirigeant de la société partenaire, la Cour de cassation a donc eu à trancher la question de savoir si sa responsabilité délictuelle peut être recherchée par le fournisseur pour complicité d'une inexécution contractuelle reprochée à cette société afin d'obtenir le remboursement des bénéfices tirés de l'exécution des contrats de distribution.

Solution. Répondant par l'infirmative, la Cour de cassation considère que « [l]orsqu'un fournisseur a conclu avec une personne morale un contrat pour la distribution de ses produits et que le statut de gérant de succursale est reconnu au dirigeant de cette personne, le fournisseur, condamné à payer à ce dernier les sommes qui lui étaient dues en application de ce statut d'ordre public, auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement, n'est pas admis à réclamer à la personne morale, fût-ce pour partie, le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a effectuées en exécution du contrat de distribution ».

Analyse. Au visa des articles L. 7321-1 à L. 7321-5 du Code du travail, la chambre commerciale réitère, mot pour mot, le principe énoncé dans un arrêt remarqué (Com., 11 déc. 2019, n° 18-10.790, D. 2020, 51, note C. Grimaldi, AJ Contrat 2020, 95, obs. N. Dissaux, JCP E 2020, 1085, note L. Bettoni, D. 2020, p. 797, obs. N. Ferrier ; arrêt rabattu par Com., 12 févr. 2020, n° 18-10.790, AJ Contrat 2020, 201, note D. Mainguy), et ce pour l'appliquer à l'hypothèse où le fournisseur cherchant à obtenir le remboursement des revenus commerciaux versés à la société distributrice dirige son action en responsabilité non pas contre cette dernière, comme ce fut le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de principe, mais contre son dirigeant, via le mécanisme de la tierce-complicité. Cette première décision avait été vivement critiquée par certains auteurs selon lesquels elle amènerait le fournisseur à payer deux fois la même prestation et, corrélativement, enrichirait indûment le dirigeant de la société de distribution (v. en ce sens, N. Ferrier, C. Grimaldi et D. Mainguy, préc.). Ayant été de ceux qui avaient approuvé la solution, les critiques formulées nous avaient alors paru exagérées et un peu trop faciles. À la réflexion en effet, est-il d'abord si évident que le fournisseur paye deux fois pour une seule et même prestation ? Faut-il nécessairement considérer que la prestation de travail du gérant de succursale au sein de l'entreprise du mandant coïncide parfaitement avec la prestation de vente des produits SFR du distributeur au titre de l'accord de réseau ? Ensuite et surtout, dans les affaires litigieuses qui ont abouti à l'arrêt de principe ainsi qu'à l'arrêt étudié, les arriérés de salaires sont dus au dirigeant personne physique, et non au distributeur personne morale, bénéficiaire des rémunérations prévues par les contrats partenaires. Or, rien ne dit que ces dernières sommes ont été effectivement reversées au dirigeant, puisque le mandat social a pu être convenu à titre gratuit ou que leur montant a pu être affecté ailleurs dans la société (distribution de dividendes, paiement des salaires, règlement des loyers, etc.). En outre, à supposer qu'il y ait eu un enrichissement du gérant, il se trouve parfaitement justifié contractuellement et légalement : par l'application du contrat de distribution et le mandat social dont le gérant était investi d'une part ; par les dispositions du Code du travail relatives au gérant de succursale d'autre part (N. Dissaux, obs. préc.). Or, l'article 1303-1 du Code civil précise que l'enrichissement est justifié, et donc ne peut donner lieu à indemnisation de l'enrichi au profit de l'appauvri, s'il procède de l'accomplissement d'une obligation. Quoiqu'elle puisse apparaître comme choquante, la conservation des revenus commerciaux malgré les avantages du droit social s'explique, sur un plan technique, par l'autonomie du lien contractuel avec la société distributrice. En effet, la reconnaissance du statut de gérant de succursale au profit du dirigeant de la société qui exploite le point de vente est sans incidence sur le contrat de distribution passé entre cette dernière et le fournisseur. Il n'y a pas de disqualification du contrat de distribution, mais une « co-qualification », c'est-à-dire que la qualification de gérant de succursale « s'ajoute à celle issue du droit commercial » (J.-F. Cesarò, « Le gérant de succursale : à propos d'un exercice juridique de co-qualification », in *La crise du contrat de franchise ?* (dir. D. Mainguy), Lextenso éd., 2015, p. 49 et s.). Nées d'actes juridiques distincts et autonomes, les rémunérations versées au distributeur et les créances salariales du gérant de succursale peuvent ainsi se cumuler : les premières dues au titre de la relation de distribution établie initialement entre le fournisseur et le distributeur personne morale ; les

secondes résultant de la relation de « quasi-salariat » reconnue par le juge social entre le fournisseur et le gérant personne physique du distributeur. Condamné à l'égard du gérant de succursale pour non-respect des dispositions du Code de travail applicables (v. C. trav., art. L. 7321-3), le fournisseur ne doit pas pouvoir se renflouer auprès de la personne morale cocontractante, sous peine de permettre un contournement de ce statut d'ordre public.

L. Bettoni

Cass. com., 16 juin 2021, n° 19-21.585 ; CA Reims, 8 juin 2021, n° 20/00537

Pouvoir de négociation de l'agent commercial : encore... et toujours

La qualification d'agent commercial, et singulièrement le pouvoir de négociation dont il doit être investi de manière permanente au sens de l'article L. 134-1 du Code de commerce, nourrit un contentieux abondant, récemment marqué par la consécration de la conception extensive du pouvoir de négociation par la Cour de justice (CJUE, 9^e ch., 4 juin 2020, n° C-828/18, Lettre distrib. 06/2020 et nos obs., Rev. conc., n° 3-2020, p. 107, obs. N. Ferrier), conception à laquelle s'est ralliée la Cour de cassation. Il revient désormais à cette dernière d'unifier la jurisprudence des juges du fond et de faire prévaloir cette approche compréhensive de la notion. Les deux arrêts sous commentaires illustrent cette nouvelle ère contentieuse.

Faits. Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation, la diffusion de générateurs photovoltaïques est verbalement confiée à un intermédiaire immatriculé au registre des agents commerciaux. Après plusieurs années de relations, le producteur décide unilatéralement de modifier les conditions de rémunération de l'intermédiaire, avec effet rétroactif. L'intermédiaire, considérant que cette décision était à l'origine d'une rupture du contrat, assignait le producteur en paiement d'une indemnité de cessation du contrat et de préavis. La Cour d'appel rejetait ses demandes, au motif qu'il n'était pas agent commercial, faute de pouvoir de négociation. Constatant que l'intermédiaire, après avoir démarché ou avoir été contacté par un client, se bornait à transmettre au producteur des éléments techniques sur la base desquels celui-ci établissait un devis, la Cour estimait que l'intermédiaire ne disposait pas du pouvoir de négociation, qui suppose une indépendance suffisante pour agir sur les termes du contrat et modifier les clauses contractuelles initialement envisagées par le mandant. Elle relevait par ailleurs que, si l'intermédiaire suggérait des réductions de prix, ce n'était qu'au cas par cas, ce qui s'oppose au caractère permanent du pouvoir de négociation. Sur pourvoi, l'intermédiaire soutenant la réalité de son pouvoir de négociation et, partant, sa qualité d'agent commercial.

Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Reims, un accord verbal confiait à deux sociétés la commercialisation de champagne, dans des conditions qui demeurent obscures, mais dont on comprend qu'elles étaient variables et fonction des circonstances : tantôt en qualité d'intermédiaire en contact avec la clientèle et recevant des instructions sur les prix ; tantôt sans action auprès de la clientèle, se bornant à une mise en relation des parties. Or, ces deux sociétés réclamaient en qualité d'agents commerciaux, à la suite de la rupture de leurs relations par le producteur, une indemnité de fin de contrat et de préavis. Déboutées en première instance faute de pouvoir de négociation, elles interjetaient appel.

Problème. Il s'agissait ainsi de savoir si la condition tenant au pouvoir de négociation de l'agent commercial était satisfaite au sein de ces différentes relations contractuelles. Plus précisément, la Cour de cassation devait à nouveau se prononcer sur la place du pouvoir de modification des prix et des conditions contractuelles dans la caractérisation de ce pouvoir. Cette même question était également posée aux juges rémois ; mais ces derniers étaient également amenés à déterminer si l'intermédiaire ne menant pas d'actions commerciales directes auprès de la clientèle – sinon ponctuellement – pouvait recevoir la qualification d'agent commercial.

Solutions. La solution rendue par la Cour de cassation marque son ralliement – qui peut sembler-il être considéré comme définitif – à la conception extensive du pouvoir de négociation : visant les articles L. 134-1 du Code de commerce et 1^{er}, §2, de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, la Haute juridiction estime qu'en rejetant la qualification d'agent commercial et « en se fondant sur l'impossibilité pour [l'intermédiaire] de négocier les prix et les termes des contrats, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

La Cour d'appel de Reims est nettement plus diserte (trop peut-être) et ne paraît malheureusement pas avoir pris la pleine mesure de la conception extensive du pouvoir de négociation. Elle rappelle que l'agent commercial « se différencie du commissionnaire qui agit en son nom propre et du courtier qui se contente de rapprocher les parties pour qu'elles concluent entre elles une opération en apportant leur

consentement. L'intermédiaire, dont l'activité consiste en la promotion des produits d'une société sans pouvoir les négocier avec la clientèle, ne peut bénéficier du statut d'agent commercial. [...] A l'inverse de l'apporteur d'affaire, qui lui est chargé de mettre en rapport deux personnes en vue de la conclusion d'un contrat, l'agent commercial dispose du mandat pour négocier le contrat. L'activité essentielle de l'agent commercial consiste en la négociation de contrats pour le compte de son mandant, et en la recherche de cocontractants. L'agent doit intervenir de manière indépendante et permanente, et non sur instructions de son mandant. Ainsi, une société qui ne dispose pas, de façon permanente d'un pouvoir de négocier des contrats au nom et pour le compte de son mandant, n'a pas la qualité d'agent commercial. Il en résulte qu'est insuffisant à conférer cette qualité le fait que le mandataire ait parfois été conduit à prendre des initiatives localement, à préconiser et effectuer quelques actions commerciales, à intervenir dans le déroulement des opérations et à recevoir, à titre occasionnel, des bons de commande qui concernaient des approvisionnements à la suite d'appel d'offres après que les négociations commerciales avaient déjà eu lieu. De même, l'intermédiaire qui ne négocie pas, et remplit uniquement une fonction technique, une fonction d'assistance et de conseil ou une mission de prospection, d'assistance commerciale et de contrôle et de suivi d'expéditions, se limitant à des opérations matérielles, ne peut prétendre à la qualification d'agent commercial. [...] ». Il est ajouté que le fait que les intermédiaires demandent au mandant qu'il « fasse « un tableau des prix établis » prouve [qu'ils] ne négocient pas les prix », d'autant qu'il résulte de différents échanges entre les parties que le mandant « donne des directives très claires quant aux prix des bouteilles ainsi que des arguments sur le prix du raisin. ».

Analyse. Ces deux décisions reviennent ainsi sur la notion du pouvoir de négociation de l'agent commercial (I.) tout en rappelant qu'il se doit d'être permanent (II.).

I.- La notion du pouvoir de négociation – Cour de cassation et Cour d'appel de Reims s'accordent sur la nécessité du pouvoir de négociation de l'agent commercial. Elles divergent cependant sur sa définition.

La Cour de cassation confirme son ralliement à la conception extensive : négocier peut se concevoir sans pouvoir de modifier les conditions contractuelles, dont les prix. Elle s'était déjà récemment prononcée en ce sens (Com., 12 mai 2021, n° 19-17.042, Lettre distrib. 06/2021 et nos obs.), mettant un terme à quelques regrettables atterrissements ayant suivi l'arrêt *Trendsetteuse* de la CJUE (not. Com., 21 janv. 2021, n° 18-10.135, Lettre distrib. 03/2021 et nos obs.). Nous voilà pleinement rassurés, d'autant que la Haute juridiction va être manifestement conduite à diffuser cette nouvelle position auprès de juges du fonds encore attachés à la conception restrictive. Tel était le cas de la Cour d'appel de Pau, en l'espèce censurée. Tel est, croyons-nous, également le cas de la Cour d'appel de Reims.

La Cour d'appel de Reims, en effet, semble attacher de l'importance à la possibilité, pour l'intermédiaire, de discuter les prix avec la clientèle : elle semble déduire de la maîtrise de la fixation des prix par le mandant, l'absence de pouvoir de négociation. Or, cette circonstance devrait être tenue pour indifférente. Plus globalement, l'arrêt commenté traduit une mauvaise compréhension (ou un rejet) de la conception extensive du pouvoir de négociation. En effet, les actions de rapprochement des parties ou de promotion des produits nous semblent être de nature à caractériser le pouvoir de négociation tel que défini par la CJUE dans son arrêt du 4 juin 2020 : pouvoir qui consiste à traiter une affaire avec la clientèle afin de favoriser la conclusion de contrats avec le mandant et d'ainsi développer la clientèle de ce dernier. À cet égard, les juges rémois sont encore marqués par l'approche traditionnelle de la distinction entre courtier et agent commercial, distinction que recompose la conception extensive du pouvoir de négociation.

Il convient en revanche d'approuver la Cour d'appel de Reims lorsqu'elle rappelle la nécessité, pour l'intermédiaire, de conduire des actions auprès de la clientèle tendant à la conclusion de contrats, en ne se bornant pas à une mission simplement technique, de contrôle ou de suivi de la relation ; encore que le recours à la notion « d'opérations matérielles » nous paraisse malheureux en ce qu'elle peut suggérer que les interventions de l'agent commercial doivent être des « opérations juridiques », ce qui est inexact.

L'arrêt mérite également approbation en ce qu'il rappelle la nécessité d'un pouvoir de négociation permanent.

II.- La permanence du pouvoir de négociation – L'article L. 134-1 exige expressément que l'agent soit « chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats » au nom et pour le compte du mandant. Cette exigence, qui traduit le caractère professionnel de l'activité d'agent (D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, LexisNexis 9^e éd., 2020, n° 196), ne donne lieu à guère de contentieux. Elle est, modestement mais certainement, mise à