

le prolongement de la position de la CJUE, l'accent est ainsi mis sur les actions de développement de la clientèle par incitation à la conclusion de contrats avec le mandant. Ce qui importe est que l'intermédiaire soit actif auprès de la clientèle et qu'il l'incite à passer commande, quels que soient les moyens de cette incitation, dont la modification des conditions contractuelles ne sont plus qu'une variété et non le critère. La Cour d'appel souligne en outre que le rôle de l'intermédiaire n'était pas simplement administratif ou de mise en relation. Dans ce dernier cas, la qualification de courtier se serait alors imposée (v. récemment, Grenoble, 25 févr. 2021, n° 17/03604, Lettre distrib. 04/2021 et nos obs.).

D'autre part, et surtout, la Cour de cassation fait évoluer sa position. En effet, la haute juridiction traite le pouvoir de modification des prix comme une hypothèse, parmi d'autres, de modification des conditions contractuelles. Elle affirme alors, sans ambiguïté, que ce pouvoir de modification ne conditionne pas le pouvoir de négociation. Par conséquent, c'est sur la base d'autres considérations que ce pouvoir de négociation pourra être caractérisé ; et ces considérations nous semblent devoir reposer sur le développement de la clientèle du mandant.

Cette évolution nous paraît devoir être saluée, en souhaitant qu'elle soit le prélude à une clarification, par la Cour de cassation, de la place du pouvoir de représentation dans l'opération de qualification de l'agence commerciale.

II. – La possible absence de pouvoir de représentation... devant la Cour d'appel de Paris – La Cour d'appel de Paris était saisie d'un argument tenant à la conclusion directe des contrats par le mandant, ce qui serait, selon ce dernier, de nature à écarter la qualification d'agent commercial. Les juges parisiens le rejettent, estimant cette circonstance indifférente à la qualification d'agent. C'est dire que l'absence de pouvoir de représentation n'est pas de nature à priver l'intermédiaire de la qualité d'agent commercial.

Cette solution doit être approuvée. Rappelons, en effet, que la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 dispose que « *l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée "commettant", soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant* ». Le pouvoir de représentation n'est, clairement, pas une condition de qualification d'agent commercial. La lettre de l'article L. 134-1 du Code de commerce, qualifiant l'agent commercial de mandataire et faisant référence au pouvoir « *de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats [...] au nom et pour le compte* » de mandants, a favorisé, sans l'imposer, sinon une exigence de pouvoir de représentation, du moins une impossibilité de dénier à l'agent commercial tout pouvoir de représentation. Telle a, un temps, été la position de la Cour d'appel de Paris (v. not. Paris, 28 févr. 2011, n° 11/07982), qui a par la suite évolué puisqu'elle a récemment jugé que « *la conclusion de contrats pour le compte du mandant n'est pas une condition du statut d'agent commercial* » (Paris, 3 oct. 2019, n° 17/01356). La Cour d'appel de Paris persiste ainsi dans cette voie.

Reste que la Cour de cassation, exigeant un pouvoir de représentation au moins éventuel (Com., 20 mai 2008, n° 07-13.488 et n° 07-12.134), maintient l'illusion d'un agent commercial mandataire et favorise des solutions divergentes devant les juges du fond (v. pour le rejet de la qualification d'agent commercial pour défaut de pouvoir de représentation, Besançon, 18 juin 2019, n° 18/00438).

Espérons une évolution rapide de la Cour de cassation sur cet aspect et une unification de la jurisprudence des juges du fond.

S. Brena

Panorama

Cass. com., 14 avril 2021, n° 19-18.296

Dissociation des fautes contractuelle et délictuelle en cas de violation d'une clause de non-concurrence

Faits. La filiale d'un groupe de sociétés exerçant une activité de stockage et de logistique reprend les actifs d'une société concurrente dans le cadre d'un plan de cession du fonds de commerce. Cette reprise s'accompagne de la conclusion d'une convention entre la société mère de la cessionnaire et la société cédante, stipulant une clause de non-concurrence qui interdit au dirigeant de cette dernière, M. X, de fournir, pendant l'exécution de cette convention et cinq ans après sa rupture, des services de logistique en matière de vin dans un rayon de

300 kilomètres. Dans le cadre de cette cession, la filiale du groupe a repris un contrat conclu entre le cédant et une entreprise spécialisée dans l'achat et la distribution de vin en vue d'assurer des prestations de stockage et de logistique pour une durée de 3 ans et renouvelable par tacite reconduction. Un litige s'éleva entre le nouveau prestataire et le distributeur de vins à propos d'écarts d'inventaires et de délais de règlement, qui conduisit ce dernier à mettre un terme à la relation. Le prestataire l'assigna en rupture brutale des relations commerciales établies, mais aussi en tierce-complicité de la violation de la clause de non-concurrence. En effet, le prestataire considère que son ancien partenaire s'est rendu coupable d'un acte de complicité de concurrence déloyale en faisant assurer le stockage et la logistique de ses produits par M. X, débiteur de l'obligation de non-concurrence ainsi inexécutée. La Cour d'appel de Paris déboute le prestataire. Au titre du non-respect de la clause de non-concurrence, elle relève un défaut d'intérêt et de qualité à agir au motif que la stipulation litigieuse est contenue dans un contrat conclu entre le distributeur et la société mère du groupe auquel la société demanderesse appartient et que l'obligation de non-concurrence n'a été contractée qu'au profit de cette société dont la personnalité morale est distincte de celle de la société fille.

Problème. Sur pourvoi de la filiale, la Cour de cassation doit déterminer si cette dernière peut se prévaloir de la violation de la clause de non-concurrence pour agir en réparation de son dommage contre son ancien partenaire au titre de la tierce complicité.

Solution. Le pourvoi est rejeté au motif qu'une clause de non-concurrence ne profite qu'au seul créancier de l'obligation et que, par conséquent, sa violation ne peut, par principe, constituer une faute constitutive de concurrence déloyale à l'égard d'un tiers.

Analyse. Parce que la clause de non-concurrence ne bénéficie qu'à la partie en faveur de qui elle a été stipulée, un tiers au contrat ne saurait se prévaloir de sa violation pour obtenir réparation d'un dommage. La solution est étonnante au vu de la jurisprudence actuelle en matière de responsabilité du débiteur d'une obligation contractuelle inexécutée envers les tiers. L'an dernier encore, l'Assemblée plénière rappelait le principe posé par l'arrêt *Bootshop* du 6 octobre 2006 selon lequel tout manquement contractuel, quel qu'il soit, peut fonder une action en responsabilité extracontractuelle du tiers dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Cass. ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963 : JCP G 2020, 93, note M. Mekki). Faisant application de ce principe d'identité entre faute contractuelle et délictuelle, la troisième chambre civile avait rendu une solution inverse à celle de la décision sous commentaire en admettant que le locataire d'un local commercial puisse invoquer le manquement à une clause de non-concurrence figurant dans l'acte de cession d'un droit au bail auquel il n'était pas partie (Civ. 3^{ème}, 13 juill. 2010, n° 09-67516). Dans son arrêt du 13 janvier 2020, l'Assemblée plénière avait pourtant, à l'aide de la motivation enrichie, manifesté clairement son intention de remédier aux incertitudes suscitées par certains arrêts dissidents, la plupart inédits, qui avaient opéré une distinction, inspirée par les débats doctrinaux, entre les obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier et les obligations qui ne sont pas propres au contrat, car relevant davantage du devoir général de bonne conduite, et dont les tiers peuvent autant que les parties se prévaloir (v. les décisions citées par M. Mekki, note préc.). Quoique non publié, l'arrêt étudié montre que la solution de l'Assemblée plénière ne fait toujours pas consensus au sein de la Cour de cassation et que certains préfèrent au dogmatisme du principe d'identité l'adoption de solutions plus mesurées et adaptées aux situations concrètes, en fonction de la nature de l'obligation inexécutée (critère objectif) et / ou de la qualité du tiers (critère subjectif). Il faut dire en effet qu'une clause de non-concurrence, au même titre par exemple qu'une clause d'exclusivité, produit des effets en principe limités à des bénéficiaires désignés, généralement les seuls contractants ; les tiers n'ayant pas vocation à bénéficier de l'obligation souscrite, il paraîtrait logique que ces derniers ne puissent pas se prévaloir de sa violation pour obtenir réparation d'un dommage et qu'il leur faille établir un fait générateur distinct du manquement contractuel (v. en ce sens, B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2020, n° 230, p. 213). Ceci étant, en l'espèce, ainsi que le faisait valoir la société prestataire dans son pourvoi, le contrat contenant la clause de non-concurrence avait certes été conclu par la société mère, mais ladite obligation avait été expressément souscrite dans l'intérêt de ses filiales. On peut dès lors se demander si le demandeur au pourvoi n'était pas un tiers ayant un intérêt légitime à l'exécution du contrat, qualité qui, suivant le courant prétorien dissident, aurait dû lui permettre d'invoquer un manquement contractuel pour engager la responsabilité du contractant défaillant (rapp. l'article 1234 de la proposition de loi du Sénat de juillet 2020, portant réforme de la responsabilité civile, qui offre au tiers intéressé une option entre demander réparation au débiteur sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve d'une faute délictuelle, et invoquer, sur le fondement

de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel, les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui étant alors opposables).

L. Bettoni

CA Paris, 19 mai 2021, n° 17/22069

Cessation de l'activité du prestataire brutalement évincé : quel préavis, quel préjudice ?

Selon les faits relatés, Nestlé France recourt depuis une quinzaine d'années à deux sociétés, filiales d'une même holding, qui assurent des prestations de logistique, l'une en Martinique, l'autre en Guadeloupe. Le dernier contrat en date, à l'instar des précédents, est à durée déterminée de plusieurs années accompagné d'une faculté de résiliation sans motif devant être notifiée un an à l'avance. La rupture intervient avant terme à l'initiative de Nestlé en application de cette dernière faculté et semble-t-il concomitamment à la mise en place d'un appel d'offres, dont la réalité est toutefois contestée. Ces quelques éléments constituent la trame d'un échec méthodiquement démêlé par la Cour, saisie de l'appréciation de la brutalité de cette rupture en application de l'ancien article L. 442-6, I, 5°. Les difficultés étaient nombreuses et les réponses, fort bien motivées, sont riches de précisions. Par exemple, cette décision est l'occasion de souligner :

Que la société holding ne peut pas être partie à la relation car bien que signataire du dernier contrat « en sa qualité de société holding, [...] elle n'a aucune activité opérationnelle et ne fait valoir aucun chiffre d'affaires avec la société Nestlé, en sorte qu'aucune relation commerciale établie au sens des dispositions précitées n'est caractérisée ». La Cour confirme qu'une relation commerciale s'entend d'un courant d'affaires, apprécié indépendamment des liens contractuels.

L'appel d'offres, également litigieux, conduit la Cour à rappeler qu'« il est constant que la notification de l'intention de recourir à un appel d'offres vaut notification de l'intention de rompre ». Néanmoins, un simple « appel à projet » (ultérieurement suivi d'un appel d'offre mentionnant des conditions différentes), « ne peut valablement constituer une notification de l'intention de rompre le contrat ». La solution est ici aussi très logique dès lors que l'effet prêté à l'appel d'offres n'est admis qu'autant qu'il interdit au partenaire de croire légitimement en l'avenir de sa relation, soumise à l'aléa du mieux-disant. Rien ne suggère qu'un simple appel à projet interdise cette croyance. Bien au contraire, le partenaire qui ne se pense pas en concurrence sur ledit projet devrait déceler dans cette nouvelle sollicitation une preuve supplémentaire de la stabilité de sa relation.

Le possible cumul de prétentions sur le fondement délictuel, en brutalité de la rupture, et contractuel est une nouvelle fois rappelé pour infirmer le jugement qui avait erronément conclu en l'irrecevabilité de la demande sur un fondement contractuel et invoquant le caractère fautif de la rupture. La solution est explicite, la Cour rappelant l'exacte portée du principe de non option et précisant encore que « les sociétés appelantes peuvent cumuler avec leurs demandes en indemnisation d'une insuffisance de préavis fondées sur la rupture brutale des relations commerciales établies en se prévalant de la responsabilité délictuelle, leurs demandes fondées sur le grief distinct de la rupture abusive des contrats de prestations logistiques en réparation d'un préjudice de perte de chance de poursuite de ces contrats en se prévalant de la responsabilité contractuelle ». Ceci dit, si la demande est jugée recevable, elle sera rejetée car, même à admettre le caractère fallacieux du motif de la rupture, celle-ci était intervenue en respectant les stipulations contractuelles qui autorisaient une rupture anticipée sans motif, tandis que nulle fausse espérance ni intention de nuire ou collusion frauduleuse ne sont établies.

Seules deux difficultés seront ici détaillées.

I. – L'incertain sort de la masse salariale, critère de la durée du préavis ou de son caractère effectif ? – Les demanderesses estimaient le préavis inefficace car « l'incertitude dans laquelle la société Nestlé a durant toute l'année 2016 entretenu les appelantes quant au devenir des salariés, les [a empêché] ainsi d'organiser leur reconversion ». Effectivement la décision mentionne par ailleurs que les demanderesses obtinrent judiciairement en fin de préavis le transfert des contrats de travail de leurs salariés à la charge de la société concurrente nouvelle « entrante sur le marché ».

La difficulté est alors de savoir si l'impossibilité de mettre à profit le temps de préavis pour organiser une reconversion en raison du sort incertain des salariés rend le préavis inefficace ?

La solution est négative : « Si la problématique de la reprise du personnel peut être un élément d'appréciation de la durée du préavis pour le redéploiement de l'activité ou reconversion au moment de la notification de la rupture, elle ne peut cependant rendre non effectif le préavis de douze mois accordé ».

Analyse. La solution, semble-t-il inédite, opère un compromis. L'incertitude entourant l'éventuelle reprise du personnel n'est pas prise en compte pour apprécier le caractère effectif du préavis, mais elle peut être un critère du temps de préavis.

En premier lieu, l'aléa concernant la masse salariale ne contrarie pas le caractère effectif du préavis. Mais si le préavis est destiné à la réorganisation de l'activité, comment le partenaire évincé peut-il y procéder s'il ignore quelle est sa masse salariale ? A suivre les précisions apportées par un tout autre point de la décision, « une longue période a été nécessaire au cours du préavis pour organiser, finalement par la voie judiciaire, le transfert du personnel auprès de la société entrante qui n'a eu lieu que postérieurement à la rupture du contrat de prestations logistiques ». On comprend donc que durant le préavis, le prestataire ignorait tout de la composition de sa masse salariale future. Pourtant, la décision souligne par ailleurs que « s'agissant de prestations de service, le personnel constitué est indispensable à l'activité ». En ce contexte, il est difficile de concevoir que le préavis a pu être mis à profit par les entreprises prestataires. Comment une entreprise peut-elle réorganiser son activité, prospecter de nouveaux clients, en un temps où elle ignore si elle disposera effectivement de l'élément « indispensable » pour ce faire, c'est-à-dire de suffisamment de personnel ? Doit-elle réembaucher ? Ce serait téméraire. N'est-elle pas alors contrainte d'attendre d'être fixée, sans pouvoir prospecter de nouveaux marchés ? Mais l'aléa ne fut levé qu'à l'issue du préavis. On conçoit alors tout le bien-fondé de sa demande, tendant à qualifier d'ineffectif le temps de prévenance qui ne sert pas son objet, qui ne permet pas la réorientation de l'activité.

Pourtant, le juge ne l'admet pas. Sans doute, cette réticence participe-t-elle de l'appréciation extrêmement formelle du préavis en ce contentieux. La forme prime le fond, expliquant qu'un préavis oral ne produise pas plus d'effet que le caractère prévisible de la rupture. Seul un préavis notifié par écrit peut écarter la faute et, s'il respecte cette forme, ce n'est que par exception qu'il est privé d'effet et qualifié d'ineffectif. Mais les juges n'ont jusque-là admis que deux types d'ineffectivité : lorsque le préavis n'est pas exécuté selon les conditions antérieures (not. Paris, 28 mai 2020, n° 17/18641, Lettre distrib. 06/2020) ou, plus rarement, lorsque l'auteur de la notification, par l'ambiguïté de son comportement, entretient son partenaire dans la croyance du maintien de la relation en dépit de cette notification. Les juges paraissent ainsi réticents à admettre une nouvelle cause susceptible de contrarier la réalité d'un préavis pourtant formellement notifié. Il est vrai, le risque est qu'en admettant ici le caractère inefficace du préavis en raison de l'aléa, manifestement avéré, qui interdit la réalisation de son objet, le juge soit saisi à l'avenir de demandes fantaisistes, arguant de nouvelles causes d'ineffectivité plus ou moins convaincantes et d'une nouvelle source intarissable de contentieux. Toujours est-il que la solution interroge une fois encore sur l'objet du préavis, en admettant son effectivité sur le seul constat de l'existence d'une notification formelle de la rupture, sans qu'il importe que le temps accordé autorise ou non la reconversion.

En second lieu, la Cour, peut-être gênée, concède indirectement la faible opportunité d'un tel préavis en reconnaissant potentiellement un effet à l'incertitude qui l'affecte : l'aléa quant au sort du personnel peut être un critère d'appréciation du temps de préavis raisonnable. Mais la solution, timide, ne convainc pas pleinement. D'une part, le critère est anachronique et on peine à comprendre comment il pourrait être appliqué. De jurisprudence constante, les critères du temps de préavis sont appréciés « au moment de la notification de la rupture », comme la solution le rappelle d'ailleurs. Or, l'aléa qui affecte ici le préavis et interdit toute réorganisation, tenant à « la problématique de la reprise du personnel » en raison du transfert de l'activité semble-t-il en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, est nécessairement postérieur à cette notification puisqu'il en est une conséquence. D'autre part, la solution affirme que la considération de ce critère n'est qu'éventuelle. L'aléa « peut être » pris en compte. La formulation interdit même de savoir si ce fut le cas en l'espèce. Certes, la durée accordée est longue puisque les juges concluent que 18 mois auraient dû être octroyés alors que ce délai fait souvent figure de plafond (le nouvel article L. 442-1, II, non applicable ici, prévoit que cette durée écarte nécessairement la responsabilité de celui qui l'accorde). Mais cette longue durée pourrait se justifier indépendamment de l'aléa, par la considération des seuls critères classiquement admis comme participant du faisceau d'indices du temps raisonnable : outre la durée des relations de quinze et douze ans, celles-ci génèrent plus de 90% du chiffre d'affaires des demanderesses qui opéraient sur le marché antillais dont les juges mentionnent que « l'étrétesse » est avérée, tandis qu'elles étaient soumises à une exclusivité de fait imposée par Nestlé. Pour admettre cette exclusivité pourtant non contractuellement prévue, les juges soulignent que les conditions matérielles d'exécution de la relation