

### L'ADLC sous les cocotiers

La loi du 20 novembre 2012 dite « Loi Urel », qui a pour objectif de lutter contre la vie chère dans les départements et collectivités d'outre-mer, instaure dans ces zones géographiques un régime de **régulation économique** profondément dérogoire du droit commun, lourd de contraintes et de risques juridiques pour les opérateurs locaux.

L'une des dispositions introduites par ce texte intéressera également toutes les entreprises métropolitaines qui commercialisent leurs produits outre-mer via des distributeurs locaux. En effet la loi Urel prohibe désormais « *les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* » situé dans ces zones géographiques et impose, aux parties à ces accords, un délai de 4 mois, à compter de la promulgation de la loi, pour y mettre fin. Sont en particulier visés les accords d'exclusivité conclus entre les producteurs et les grossistes-importateurs d'outre-mer, clairement incriminés dans les travaux parlementaires.

La prohibition de ces accords d'exclusivité, qui constituent une **nouvelle pratique anticoncurrentielle**, est sanctionnée, comme en matière d'entente, par une amende pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires mondial des parties à l'accord. Elle s'applique non seulement aux accords formalisés par un écrit mais également aux situations factuelles d'exclusivité.

Seuls pourront être maintenus les accords d'exclusivité dont les auteurs pourront justifier « *qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte* » (L420-4), preuve qu'il sera nécessairement très difficile de rapporter.

### Toujours pas d'indemnité pour le distributeur en fin de contrat

Le distributeur n'a **pas de droit à indemnité pour perte de clientèle à la fin de son contrat**, quels que soient les efforts entrepris par lui pour développer l'activité pendant son contrat. C'est ce qu'a récemment confirmé la Cour de Cassation dans deux arrêts de principe (Cass. Com. 23 octobre 2012), mettant ainsi fin aux doutes soulevés par l'un de ses précédents arrêts.

Dans un arrêt de 2007 (Cass. Com. 9 oct. 2007), la Cour avait en effet considéré qu'un franchisé tenu par une clause de non concurrence post contractuelle pouvait, à la rupture de son contrat, prétendre à une indemnité sur le **fondement de l'enrichissement sans cause**.

Par les deux arrêts susvisés, la Cour **écarte ce fondement**, pour le franchisé comme pour le concessionnaire, et ceci que le contrat comporte ou non une clause de non concurrence post contractuelle.

Le distributeur doit donc garder à l'esprit que contrairement à d'autres professionnels (agent commercial, VRP, gérants mandataire), la loi **ne lui accorde aucune protection particulière** à la rupture de son contrat. Il lui appartient donc, **au moment de la signature** du contrat, de sécuriser sa situation en négociant une **durée longue**, des **objectifs raisonnables** et surtout, si le cocontractant l'accepte, une **indemnité contractuelle** de fin de contrat.

A défaut, le seul recours pour le distributeur victime de la rupture sera de prouver le **caractère fautif** de celle-ci (manquements contractuels du cocontractant ou rupture brutale de relations commerciales établies) et de réclamer une indemnisation du préjudice subi par lui.

### L'effet ricochet de la rupture

Par deux arrêts (10 juillet et 9 octobre 2012) rendus à propos du même réseau de franchise, la Cour de Cassation a fait application du principe selon lequel « **le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage** » (Ass. Plén. 6 octobre 2006).

En l'espèce, un franchisé avait été reconnu responsable de la rupture anticipée du contrat de franchise. La centrale d'approvisionnement du réseau, personne morale distincte du franchiseur et qui n'était pas visée au contrat de franchise, a assigné le franchisé - sur le fondement de la responsabilité délictuelle - aux fins d'obtenir réparation du manque à gagner résultant pour elle de l'arrêt anticipé des commandes.

Le franchisé soutenait, pour s'opposer à cette demande, que, s'il avait bien souscrit dans son contrat de franchise une clause d'assortiment minimum de produits à marques propres du franchiseur, il n'était en revanche tenu d'aucune obligation contractuelle à l'égard de la centrale d'approvisionnement. La Cour de Cassation approuve la Cour d'appel d'avoir fait droit à la demande de la centrale en retenant que celle-ci avait démontré le **caractère certain et direct de son préjudice**.

Ainsi, **dès lors que la réparation du préjudice subi par le cocontractant n'efface pas le préjudice causé par le tiers, celui-ci peut également être indemnisé**.

La Cour de Cassation avait déjà initié cette tendance dans le secteur de la distribution, dans un précédent arrêt du 6 septembre 2011 (cf. notre Lettre n° 9 – déc. 2011, consultable sur [www.racine.eu](http://www.racine.eu)).

### Sous-traitance : quelques rappels utiles

La sous-traitance est l'opération par laquelle une personne (l'entrepreneur principal), chargée par un client (le maître d'ouvrage) de réaliser une prestation, en confie l'exécution, en tout ou partie, à un tiers (le sous-traitant). Il s'agit donc d'un contrat d'entreprise dont découle une relation tripartite entre maître d'ouvrage, entrepreneur principal et sous-traitant.

La sous-traitance répond à des besoins divers (pallier une insuffisance de spécialisation, de moyens et/ou de ressources humaines éviter de nouveaux investissements...) et elle est très répandue en pratique. Pourtant, les droits et obligations qui en découlent sont mal connus, de sorte qu'elle est souvent mise en œuvre dans des conditions non conformes à la loi.

**(i) Possibilité de recourir à un sous-traitant.** Si le Code des marchés publics consacre le droit de sous-traiter au profit du titulaire du marché, le droit privé ne prévoit pas de disposition équivalente. **L'entrepreneur privé qui souhaite sous-traiter doit donc, avant toutes choses, s'assurer qu'il en a bien la possibilité.** Le principe à cet égard est que l'entrepreneur est **libre de recourir à la sous-traitance**, sauf si le contrat principal a été conclu *intuitu personae* - ce qui est assez fréquent en pratique - ou s'il contient une clause contraire (généralement, une interdiction pure et simple ou une obligation d'autorisation préalable sur le principe et l'étendue de la sous-traitance envisagée). Cette vérification s'impose d'autant plus que le recours à la sous-traitance en violation du contrat est souvent sanctionné par la résiliation de celui-ci.

**(ii) Soumission à la Loi du 31 décembre 1975.** La relation de sous-traitance est soumise à la **loi du 31 décembre 1975** (« la Loi »), **loi de police à laquelle les parties ne peuvent déroger** et qui s'applique dès lors que la prestation est réalisée **en France** (Ch. mixte, 30 novembre 2007). La Loi pourra parfois même s'appliquer de manière impérative pour une prestation fournie **à l'étranger** si "*un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par la loi*" est caractérisé (Com, 27 avril 2011, lien non relevé en l'espèce).

**Agrément.** La Loi impose à l'entrepreneur principal de soumettre à l'**agrément du maître d'ouvrage chacun de ses sous-traitants** ainsi que leurs **conditions de rémunération**. En pratique, il est fréquent que les entrepreneurs ne respectent pas cette procédure et omettent de présenter leurs sous-traitants. Cette omission entraîne pourtant des conséquences potentiellement lourdes : le maître d'ouvrage pourra en effet demander des dommages et intérêts et/ou agir en résolution du contrat principal ; le sous-traitant, privé de son action directe à l'encontre du maître d'ouvrage (cf. ci-après) par le défaut d'agrément, pourra de son côté résilier son contrat de sous-traitance de manière anticipée et/ou engager la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur.

**Cautionnement.** Sauf dans le cas où le maître d'ouvrage s'est engagé, vis-à-vis du sous-traitant, à payer les factures de ce dernier, la Loi oblige l'entrepreneur à fournir au sous-traitant le **cautionnement solidaire** d'un établissement de crédit. Le non respect de cette obligation est sanctionné par la **nullité relative** du contrat de sous-traitance, sanction qui peut être sévère pour l'entrepreneur : le sous-traitant pourra **invoquer la nullité à tout moment et mettre fin au contrat** tout en réclamant le **paiement des prestations déjà effectuées** (Cass. Com. 18 nov. 2009). L'entrepreneur, de son côté, ne pourra engager la responsabilité contractuelle du sous-traitant, ni pour avoir rompu de manière anticipée le contrat, ni pour d'éventuelles malfaçons dans ses travaux et ce, alors même qu'il pourra se trouver dans une situation très délicate vis-à-vis du maître l'ouvrage (notamment s'il est dans l'impossibilité de respecter les délais prévus ou dans l'obligation de reprendre, à ses frais, les malfaçons de son sous-traitant).

**Action directe du sous-traitant.** Le sous-traitant agréé peut **obtenir le paiement de ses prestations directement auprès du maître d'ouvrage**, dans la limite de ce que le maître d'ouvrage doit encore à l'entrepreneur principal. Pour cela, il doit adresser à l'entrepreneur une mise en demeure, dont copie au maître d'ouvrage. Le maître de l'ouvrage doit se montrer très vigilant à réception de tels courriers et, en particulier, ne doit **plus payer l'entrepreneur principal ; s'il le fait, il s'expose à devoir payer deux fois**, à l'entrepreneur et à son sous-traitant. En revanche, la jurisprudence considère que l'absence d'agrément prive le sous-traitant de cette action directe, sauf s'il est démontré que le maître d'ouvrage avait connaissance de l'intervention du sous-traitant mais n'a pas exigé qu'il lui soit présenté.

**(iii) Code du travail.** Pour tout contrat d'un montant supérieur à 3000 euros, l'entrepreneur principal est tenu de **se faire remettre par son sous-traitant**, lors de la conclusion du contrat puis tous les 6 mois, **les documents listés aux articles D.8254-2 et s. du Code du travail** afin de s'assurer du respect des obligations de déclarations et de paiement des cotisations. Il doit en outre **vérifier auprès de l'URSSAF l'authenticité** des attestations fournies. En cas de violation de ses obligations de vérification, l'entrepreneur principal sera **tenu solidairement** avec son sous-traitant au paiement des impôts, taxes, cotisations obligatoires mais aussi des rémunérations, indemnités et charges dues par lui à raison de l'emploi de salariés « dissimulés ». Il s'expose également à des **sanctions pénales** pour travail dissimulé.