



HAL
open science

Les alternatives à la franchise : la commission-affiliation va-t-elle remplacer le contrat de franchise ?

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. Les alternatives à la franchise : la commission-affiliation va-t-elle remplacer le contrat de franchise ?. La crise du contrat de franchise, Lextebso editions, 2015, La crise du contrat de franchise, 978-2-9550230-0-6. <hal-02334814>

HAL Id: hal-02334814

<https://hal.science/hal-02334814v1>

Submitted on 27 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Les alternatives à la franchise : la commission-affiliation va-t-elle remplacer le contrat de franchise ?

Nicolas Ferrier
Agrégé des Facultés
Professeur à l'Université de Montpellier
Directeur du Master II droit de la distribution et des contrats d'affaires

Pour comprendre l'enjeu de la question et tenter d'y répondre, il faut d'abord rappeler ce qu'est la commission affiliation et les conditions de son émergence dans la pratique des affaires.

La commission-affiliation est le contrat par lequel un distributeur est chargé de commercialiser des produits, en son nom mais pour le compte d'un fournisseur (c'est l'aspect « commission ») et sous l'enseigne de celui-ci (c'est l'aspect « affiliation »).

Cette formule contractuelle a été imaginée par la pratique au début des années 1990 en vue d'échapper au contrat de franchise et plus précisément à certaines de ses contraintes tenant notamment à l'interdiction de l'imposition des prix de revente.

On comprend alors le lien « ontologique » existant entre la commission-affiliation et la franchise : l'un a été créé en réaction et en guise d'alternative à l'autre.

La commission-affiliation présente ainsi fondamentalement un lien de proximité avec la franchise, une alternative supposant une forme d'équivalence entre ses différentes branches. De fait, les deux opérations présentent des similitudes : un distributeur indépendant (franchisé ou commissionnaire-affilié) commercialise sous l'enseigne, voire en application du savoir-faire d'un fournisseur (franchiseur ou commettant) et dans le respect de normes déterminées par celui-ci, des produits (généralement ceux du titulaire de l'enseigne).

Pour autant, la commission-affiliation se distingue de la franchise puisqu'elle n'en est précisément qu'une alternative. De fait, la commission-affiliation est une forme de représentation qualifiée d'imparfaite¹. En qualité de représentant, le commissionnaire-affilié, ne revend pas les produits comme le franchisé, mais les vend pour le compte du fournisseur, ce qui permet notamment au fournisseur d'imposer au distributeur les prix de vente (et non de revente) des produits dont il conserve la propriété et de soulager le distributeur du financement et de la gestion des stocks.

Ces observations suffisent à percevoir la proximité de la commission-affiliation et de la franchise mais également l'intérêt de recourir à la première plutôt qu'à la seconde. Faut-il en déduire que la commission-affiliation a vocation à remplacer la franchise ? La conclusion serait évidemment hâtive. Il suffit d'emblée d'observer la réalité pour voir qu'il n'en est rien, puisque le développement de la franchise n'a pas été affecté par l'apparition de la

¹ Afin de la distinguer du mandat, forme de représentation parfaite par laquelle le mandataire agit non seulement pour le compte mais également au nom du mandant.

commission-affiliation. Par-delà ce constat, la confrontation de ces deux modes de distribution soulève une double interrogation quant à l'alternative ainsi proposée :

- Sur le principe de l'alternative, on peut se demander si la commission-affiliation en est réellement une. L'interrogation se justifie d'abord au regard de l'affirmation selon laquelle la commission-affiliation peut se cumuler avec la franchise² (certains contrats visant expressément une « franchise en commission-affiliation »³). Elle se justifie ensuite au regard de la notion même de commission-affiliation discutée dans son principe.

- Sur l'intérêt de l'alternative, on peut se demander si les contraintes juridiques attachées à la commission-affiliation ne sont pas supérieures à celles résultant de la franchise, ruinant incidemment l'intérêt de la formule.

Présenter la commission-affiliation comme une alternative à la franchise et s'interroger sur sa capacité à la supplanter conduit ainsi à s'interroger sur l'existence de l'alternative (I.) et sur son intérêt (II.).

I. L'existence de l'alternative

D'une manière générale, une alternative suppose un choix entre deux formules qui ne sont pas parfaitement identiques. L'alternative entre franchise et commission-affiliation conduit donc à apprécier la singularité de la commission-affiliation par rapport à la franchise et, au-delà, la réalité de la commission-affiliation.

A. La singularité de la commission-affiliation

1°. Convergences

La commission-affiliation et la franchise sont présentées comme très proches⁴, ce qui se comprend au regard de leurs nombreux points de convergence.

a) Certains caractères de la franchise se retrouvent toujours dans la commission-affiliation

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié est un commerçant juridiquement indépendant. Il commercialise les produits en son propre nom et en dehors de toute subordination juridique. Il a donc la qualité d'entrepreneur, dirige sa propre entreprise, embauche des salariés dont il est seul l'employeur. Il a seul également la qualité juridique de vendeur à l'égard de ses clients, lesquels ne sont pas juridiquement liés au commettant. Il est un intermédiaire opaque, conséquence directe de sa qualité de commissionnaire.

² Ph. Le Tourneau, Les contrats de franchisage, 2^e éd. Lexisnexis, 2007, n° 113

³ Paris, 4 mars 2014, n° 13/10712.

⁴ D. Maingy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de la “commission-affiliation” », in Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 761 ; G. Amédée-Manesme, La politique des prix et la commission-affiliation, un juste équilibre à trouver, Dalloz Affaires 1999, p. 1160.

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié exerce son activité sous l'enseigne du fournisseur.

b) D'autres caractères de la franchise se retrouvent souvent, mais pas nécessairement, dans la commission-affiliation .

Comme certains franchisés, le commissionnaire-affilié supporte le plus souvent un engagement d'exclusivité d'activité au profit du fournisseur.

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié bénéficie parfois de la mise à disposition d'un savoir-faire, voire d'une assistance, ce qui renforce, lorsque l'hypothèse se vérifie, la proximité de la commission-affiliation et de la franchise.

2°. *Divergences*

Bien que les opérations présentent une proximité, plus ou moins forte, des divergences essentielles les séparent, éclairant d'ailleurs l'intérêt du choix de l'une ou l'autre formule et soulignant la singularité de commission-affiliation.

a) Ces divergences tiennent d'abord, on vient de souligner, à la place occupée par le savoir-faire dans la commission-affiliation et dans la franchise : alors qu'elle est essentielle dans la seconde, elle est seulement éventuelle dans la première. Il en ressort plus fondamentalement une divergence tenant à l'économie respective de chacune de ces opérations.

En effet, la commission-affiliation vise d'abord la commercialisation des produits du commettant, alors que la franchise vise d'abord la réitération d'une réussite commerciale par l'exploitation d'un savoir-faire. Autrement dit, la commission-affiliation est avant tout un contrat de spécialisation alors que la franchise est un contrat de réitération⁵ : le commettant, en sa qualité de fournisseur, se spécialise dans la sélection des produits et le commissionnaire-affilié dans leur distribution ; tandis que le franchiseur qui a réussi dans une activité de distributeur permet au franchisé de réitérer les éléments de cette réussite.

b) Ces divergences tiennent ensuite aux modalités d'intervention du distributeur. Le commissionnaire-affilié commercialise les produits pour le compte du fournisseur, alors que le franchisé agit pour son propre compte. Il s'agit là de la conséquence directe de la qualité de commissionnaire. La différence est fondamentale car elle explique dans une très large mesure le recours à la commission-affiliation⁶. Alors que le franchisé achète pour revendre, le commettant reste propriétaire des produits « en dépôt » chez le commissionnaire-affilié, lequel les vend généralement au prix fixé par le commettant.

La comparaison de la commission-affiliation et de la franchise révèle ainsi l'originalité de la première. Elle conduit toutefois à s'interroger sur la réalité de la formule.

B. La réalité de la commission-affiliation

⁵ Sur cette distinction, D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 7^e éd. Lexinexis, 2014, n° 542.

⁶ V. supra.

Depuis son apparition, des voix s'élèvent pour contester la réalité de la commission-affiliation, qui relèverait selon certains de la figure impossible. Autrement dit, la commission-affiliation serait en permanence soumise à un risque de disqualification, emportant alors un risque de requalification.

1°. Le risque de disqualification

D'une manière générale, les discussions portent sur la qualité même de commerçant du commissionnaire-affilié⁷. L'interrogation peut paraître saugrenue, si l'on s'en tient au syllogisme le plus élémentaire : le commissionnaire est un commerçant, le commissionnaire-affilié est un commissionnaire, le commissionnaire-affilié est donc un commerçant. De fait, dans son application traditionnelle, le commissionnaire est un professionnel indépendant, qui exploite sa propre entreprise de commission, et dans le cadre de l'activité de laquelle il commercialise les produits de commettants.

Souvent, ce schéma ne correspond pas à la commission-affiliation telle qu'elle vient d'être présentée⁸. Elle s'en distingue par deux éléments : l'exclusivité d'enseigne et les prix imposés.

Certes, sur le plan théorique, ces deux éléments ne sont pas inhérents à la commission-affiliation : on pourrait imaginer un commissionnaire-affilié qui agirait pour plusieurs commettants et sous plusieurs enseignes, voire à des prix seulement conseillés au titre d'un simple mandat indicatif.

Mais la réalité est bien différente car en pratique le commissionnaire-affilié agit généralement sous une enseigne unique, ne distribuant que les produits du commettant et aux prix fixés par celui-ci. Dans ces conditions, retrouve-t-on encore ce qui caractérise le commerçant : l'action en son nom propre et de manière autonome⁹ ? La question est discutée.

- S'agissant de l'action en nom propre. L'analyse strictement juridique se concilierait mal avec l'analyse factuelle.

Sur le plan juridique, l'action au nom d'autrui signifie que l'identité du commettant n'a pas à être révélée et, surtout, que, selon l'intention des parties au contrat de commission-affiliation, le commissionnaire-affilié n'est pas habilité à créer un lien juridique direct entre le tiers contractant et le commettant. Dès lors, peu importe qu'en qualité d'affilié le commissionnaire agisse sous l'enseigne unique du commettant. Autrement dit, la

⁷ La réfutant, V. not. J.-M. Leloup, in La franchise : questions sensibles : Rev. Lamy dr. aff. 7-8/2012, suppl, p. 16.

⁸ Rapp. F. Auque, La commission-affiliation, AJDI 2001, p. 1059.

⁹ J.-M. Leloup, La franchise, 3e éd. 2000, n° 842 et art. préc. ; D. Ferrier, La commission-affiliation : Charybde ou Scylla : D. 2008, p. 2907 ; N. Dissaux, La commission-affiliation : un monstre juridique ? : RTD com. 2011, p. 33.

transparence factuelle du commissionnaire-affilié ne remet pas en cause l'opacité juridique précisément voulue par les parties¹⁰ et exprimée par la notion d'action en nom personnel¹¹.

Sur le plan factuel, en revanche, l'action en nom personnel semble contredite par l'exclusivité d'enseigne¹². Mais l'argument ne prouve-t-il pas trop ? A le suivre, en effet, tous les distributeurs commercialisant les produits d'un seul fournisseur, sous l'enseigne exclusive de celui-ci agirait au nom d'autrui, qu'ils soient par exemple franchisés¹³ ou locataire-gérant...

En réalité, si la transparence factuelle rend douteuse la qualité de commerçant, c'est qu'elle se combine avec une atteinte à l'autonomie du commissionnaire-affilié.

- S'agissant de l'action autonome, là encore elle existe sur le plan juridique puisque le commissionnaire-affilié n'est pas, par sa seule qualité, dans un état de subordination juridique. Et il faut distinguer ici, d'une part, l'imposition de normes de commercialisation qui vise déjà de nombreux commerçants et notamment des franchisés, mais également des concessionnaires, distributeurs sélectionnés et, d'autre part, l'imposition des conditions de travail.

Mais, ainsi qu'il a été observé : est-il encore commerçant celui qui n'est pas propriétaire de stocks et qui ne fixe pas les prix de vente¹⁴ ? La question se pose avec une acuité particulière lorsque le commissionnaire est placé dans une relation d'exclusivité puisque c'est alors toute son activité qui se trouve sous la maîtrise du commettant. On précisera toutefois que le doute sur la qualité de commerçant reconnue au commissionnaire-affilié résulte moins du fait qu'il n'est pas propriétaire des stocks que du fait qu'il ne maîtrise pas leur constitution, leur assortiment... En effet, par le jeu d'une clause de réserve de propriété, nombreux sont les distributeurs indépendants qui ne sont pas propriétaires des produits tant qu'ils ne les ont pas revendus, sans que leur qualité de commerçant ne soit contestable.

Au demeurant, cette observation souligne que le doute sur la qualité de commerçant du commissionnaire-affilié résulte d'un faisceau d'indices concordants, dont aucun ne se suffit à lui-seul. La menace de disqualification n'est donc qu'un risque et non une certitude. Plusieurs arrêts reconnaissent d'ailleurs au commissionnaire-affilié la qualité de commerçant¹⁵. Dans ces conditions, la réalité de la formule suppose que l'autonomie du

¹⁰ A propos de la commission, en ce sens, Cass. com., 7 mai 1962 : *Bull. civ.* 1962, III, n° 240; Cass. com., 15 juill. 1963 : *Bull. civ.* 1963, III, n° 378. *Contra*, J. Huet et *alii*, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd. 2012, n° 31128 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil – Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^e éd. 2011, n° 538.

¹¹ Dans l'hypothèse où les parties ne se seraient pas expressément prononcées sur le point de savoir au nom de qui agit le distributeur, des éléments de la relation établissant la transparence factuelle pourraient contribuer à démontrer que les parties se sont entendues sur l'action du distributeur au nom du fournisseur.

¹² N. Dissaux, art. préc. Encore faut-il distinguer la révélation de la marque et celle de l'identité fournisseur. Si de fait, l'un peut revenir à l'autre ; en droit, la différence est réelle car en dépend la relation juridique avec le client.

¹³ Même si les franchisés ont l'obligation légale d'indiquer leur qualité de commerçant indépendant (C. com., art A 441-1).

¹⁴ D. Ferrier, art. préc ; N. Dissaux, art. préc ; M.-J. Loyer-Lermercier, Quel avenir pour la commission-affiliation, JCP E 2011, 1218.

¹⁵ V. par exemple Versailles, 9 juin 2011, n° 10/03622 ; Paris, 3 nov. 2011, n° 09/21634.

commissionnaire-affilié soit suffisamment préservée. Reste à déterminer le seuil à partir duquel la qualité de commerçant devient douteuse, ce qui implique de tenir compte du degré de liberté dans la fixation des prix (mandat indicatif) et dans la constitution des stocks (quantité, assortiments...) ¹⁶, ainsi que de l'existence d'un engagement exclusif.

La menace est encore plus grande en cas de cumul commission-affiliation et franchise. L'hypothèse peut sembler d'école puisque la commission-affiliation est présentée comme une alternative à la franchise permettant d'en écarter les contraintes ¹⁷. Elle mérite pourtant d'être envisagée, quitte à la réfuter, car elle est évoquée par certains auteurs et rapportée par certains arrêts.

Si sur un plan théorique il ne paraît pas exister d'antinomie entre la qualité de franchisé et celle de commissionnaire-affilié, en pratique il en va tout autrement car l'autonomie du franchisé caractérisant la qualité de commerçant est discutable lorsque le franchiseur est un commettant pour le compte duquel le franchisé commercialise les produits en qualité de commissionnaire ¹⁸.

2°. *Le risque de requalification*

La menace de disqualification conduit alors à s'interroger sur la qualification réelle du commissionnaire-affilié dont la qualité de commerçant est écartée.

L'absence d'autonomie du commissionnaire-affilié peut révéler un état de subordination juridique, emportant requalification en contrat de travail. On ne reviendra pas sur le critère du contrat de travail, si ce n'est pour rappeler que sa démonstration repose sur un faisceau d'indices qui soulève des difficultés récurrentes : la frontière est loin d'être nette entre la dépendance juridique commune à tout représentant et la subordination juridique propre aux salariés.

L'absence d'opacité juridique du commissionnaire-affilié peut exclure la qualité de commissionnaire au profit de celle de mandataire civil. On sait en effet que le second se distingue du premier du fait qu'il agit au nom du représenté. Reste, là encore, à déterminer concrètement si l'affilié agit en son propre nom – il est alors un commissionnaire-affilié – ou au nom du fournisseur – il est alors mandataire, voire mandataire d'intérêt commun ou agent commercial –. La difficulté s'est notamment posée dans la célèbre affaire *Chattawak* ¹⁹. On rappellera brièvement qu'en l'espèce, la question était de savoir si le distributeur sous

¹⁶ D. Mainguy et J.-L. Respaud, art. préc., p. 707

¹⁷ V. supra

¹⁸ D. et N. Ferrier, ouvr. préc., n° 707.

¹⁹ Paris, 13 sept. 2006 : *D.* 2007, pan. 1914, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772 : *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 95, obs. N. Mathey ; *D.* 2008, p. 2193, obs. D. Ferrier ; *JCP E* 2008, n° 22, p. 19, obs. N. Dissaux ; *JCP E* 2008, II, 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; Paris, 9 avr. 2009 : *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 264, obs. N. Mathey ; *D.* 2009, 1942, note D. Ferrier ; *JCP E* 2009, 1842, note N. Dissaux ; Cass. com., 29 juin 2010 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 114 ; *D.* 2011, pan. 548, obs. D. Ferrier ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, n° 53, p. 33, obs. Ph. Grignon ; *JCP E* 2010, 1860, note F. Auque ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 223, note N. Mathey ; *JCP E* 2010, 1694, note N. Dissaux ; *JCP G* 2010, 876, note C. Grimaldi ; *D.* 2011, p. 549, obs. D. Ferrier.

enseigne Chattawak agissait en qualité d'agent commercial ou de commissionnaire-affilié. Le débat consistait à déterminer si le distributeur agissait en son nom ou au nom d'autrui... L'affaire est intéressante car elle montre comment des questions qui semblaient pourtant tranchées, ici la distinction entre commissionnaire et mandataire, se trouvent renouvelées ou revivifiées par la pratique : dans le cas d'espèce, que signifie agir en son nom ou au nom d'autrui²⁰ ?

L'ultime décision rendue dans cette affaire n'est pas d'un grand secours car la Cour de cassation se contente de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir recherché qui, du distributeur ou du fournisseur, avait juridiquement la qualité de vendeur... autrement dit, au nom de qui agissait le distributeur puisque, selon la jurisprudence, le vendeur est celui qui agit en son nom, même s'il agit pour le compte d'autrui²¹. Les parties ayant par la suite transigé, aucune réponse n'aura été apportée par les juges du fond dans cette affaire, alors que la notion d'action au nom d'autrui renvoie à deux conceptions, juridique et factuelle, qui peuvent entrer en contradiction²².

Au demeurant, pour s'en tenir à la distinction entre commissionnaire-affilié et agent commercial, ne pourrait-on pas plutôt distinguer selon la nature même de l'activité exercée ? Traditionnellement, l'agent commercial prospecte, cherche et se déplace en quête du client. Ne devrait-on pas y voir un critère de l'agence commerciale ²³? Si tel était le cas, le distributeur qui ne quitte pas son point de vente, qui attend le client sans parfois entreprendre la moindre sollicitation ne pourrait pas être requalifié d'agent commercial. En appliquant ce critère à l'affaire Chattawak, la qualité d'agent commercial aurait du alors être rejetée, quitte à retenir celle de mandataire d'intérêt commun. Force est toutefois de reconnaître qu'en droit positif, l'activité de prospection n'est pas déterminante de la qualification d'agent commercial²⁴.

A ce stade de l'analyse, il ressort que la commission-affiliation est parfois, mais pas toujours, une alternative réelle à la franchise. Pour savoir si elle a effectivement vocation à remplacer la franchise, reste alors à apprécier l'opportunité de la formule, c'est-à-dire l'intérêt de l'alternative.

II. L'intérêt de l'alternative

La commission-affiliation a été conçue comme une alternative à la franchise pour échapper aux contraintes de cette dernière. Cette stratégie d'évitement est rendue possible en raison de l'économie propre de chacun de ces contrats, l'une tenant à la répétition d'une réussite par la mise un œuvre d'un savoir-faire, l'autre tenant à une activité de représentation.

²⁰ Jugeant insuffisants les mêmes indices que ceux relevés par les juges du fond dans l'affaire Chattawak (propriété des stocks, tickets de caisse au nom du fournisseur, versements sur le compte du fournisseur), au motif notamment que le nom du distributeur figure sur la devanture du point de vente : Pau, 16 déc. 2010, n° 09/03594 : JCP 2010, E, 1246, note N. Dissaux. Adde. Paris, 5 déc. 2013, n° 11/15092 qui rejette également la qualification de mandat au profit de la commission-affiliation.

²¹ Dijon, 6 décembre 2011, n° 10/01115.

²² V. supra.

²³ Rapp. Ph. Grignon, note sous Cass. com., 29 juin 2010 : Rev. Lamy dr. aff. 2010, p. 33.

²⁴ A la différence du VRP : D. et N. Ferrier, ouvr. préc., n° 94.

Cette distinction dans l'économie des deux contrats conduit à se demander si la commission-affiliation ne présenterait pas ses propres contraintes, réduisant ainsi l'intérêt de la formule.

En d'autres termes, si l'intérêt de l'alternative est avéré par certains côtés, il peut également apparaître incertain par d'autres côtés.

A. Un intérêt avéré

L'intérêt de la commission-affiliation est d'échapper à des contraintes de la franchise, qui relèvent du droit de la concurrence ou du droit des contrats.

1°. L'éviction de contraintes liées au droit de la concurrence

En droit de la concurrence, l'intérêt le plus immédiat de la commission-affiliation, qui explique d'ailleurs en grande partie son succès, est de permettre au fournisseur d'imposer au distributeur les prix de commercialisation.

En effet, en droit des pratiques restrictives de concurrence, cette imposition des prix ne relève pas de l'interdiction posée à l'art. L. 442-5 C. com. Le raisonnement est connu : seuls les prix de reventes sont visés par ce texte, or le commissionnaire-affilié, à la différence du franchisé, ne revend pas mais vend directement les produits du fournisseur.

En droit des pratiques anticoncurrentielles la commission-affiliation échappe en principe aux ententes prohibées par les articles L. 420-1 C. com. et 101 § 1 T. FUE, et notamment celles portant sur les prix. En effet, une telle entente suppose un accord entre deux entreprises dotées d'une autonomie décisionnelle suffisante, ce qui n'est pas le cas lorsque l'accord se réalise entre un agent et celui qu'il représente.

L'agent au sens des lignes directrices accompagnant le règlement 330-2010 est une « personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant... »²⁵. Le commissionnaire-affilié est donc bien un agent au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles, de sorte que les obligations imposées par le commettant ne relèvent pas du droit des ententes.

A cet égard, les lignes directrices ajoutent « Dans le cas des contrats d'agence (...), la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant » et ajoute que « aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1. » (point 18). Sont ainsi préservées les obligations qui limitent le territoire ou la clientèle à laquelle l'agent peut s'adresser ou qui limitent sa liberté de fixer les prix et conditions de commercialisation²⁶.

²⁵ Comm. UE, *Lignes directrices* du 19 mai 2010, point 12.

²⁶ Cette solution peut s'expliquer par la représentation qui caractérise l'agence et, plus spécialement, par la prise en charge des risques commerciaux par le mandant. Et l'on comprend que la solution soit différente dans la franchise, encore que l'on aurait pu considérer que l'économie propre de la franchise (la réitération

Au regard des *conditions juridiques* d'intervention du commissionnaire-affilié, l'entente semble donc une hypothèse d'école. Les lignes directrices réservent toutefois l'hypothèse dans laquelle l'agent prend en charge un risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles il a été désigné. Ainsi, n'est pas un agent au sens des lignes directrices celui qui supporte les risques liés aux contrats conclus pour le compte du mandant, ou liés aux investissements propre au marché en cause ou encore liés aux activités menées sur ce marché, sauf si les coûts et frais engagés pour ces activités lui sont intégralement remboursés (point 16).

Pour éviter l'application du droit des ententes, le commettant prendra donc soin d'éviter tout transfert de risques vers le commissionnaire-affilié²⁷. L'Autorité de la concurrence, dans l'affaire « Mango », a notamment considéré « *Aux fins de l'application du droit de la concurrence, il est établi que les distributeurs partenaires [du fournisseur] n'ont pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, [le fournisseur] et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent [au droit des ententes]* »²⁸. La décision mérite attention car elle conforte l'appréciation pas seulement qualitative mais aussi quantitative du transfert de risque envisagée dans les lignes directrices²⁹. Elle se fonde en effet sur l'absence de risque économique *sensible* assumé par les distributeurs. La difficulté sera alors de déterminer concrètement le seuil à partir duquel la prise en charge par le commissionnaire-affilié de risques commerciaux ou financiers est telle qu'elle caractérise une entreprise autonome.

Au demeurant, pour que le droit des pratiques anticoncurrentielles s'applique, encore faut-il que les parts de marchés des parties au contrat de commission-affiliation soient suffisamment importantes. De sorte que, là encore, l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles semble une hypothèse d'école. Il faut toutefois s'assurer de l'absence d'un éventuel effet cumulatif, dans le cas où – sur un segment de marché donné – plusieurs promoteurs de réseau recourraient parallèlement à la commission-affiliation³⁰.

2°. L'éviction de contraintes liées au droit des contrats

Alors même que le contrat de commission-affiliation emporterait la mise à disposition d'un savoir-faire, ce qui n'est pas nécessairement le cas, il n'a pas pour objet, à la différence du contrat de franchise, la réitération d'une réussite commerciale. En conséquence, les obligations qui, dans la franchise, traduisent de manière spécifique cette économie propre au contrat, sont étrangères à la commission-affiliation.

d'une réussite par la mise en œuvre d'un savoir-faire) autorise les mêmes pratiques dès lors qu'elles se justifient par le savoir-faire, mais l'argument n'a pas convaincu des autorités de la concurrence.

²⁷ Sous réserve toutefois d'une collusion entre plusieurs commettants qui recourent au même agent, et profitent ainsi la situation pour s'entendre ou empêchent d'autres commettants de faire appel à l'agent (Lignes directrices, pt. 20).

²⁸ ADLC n°09-D-23 du 30 juin 2009

²⁹ point 15.

³⁰ Communication *de minimis*, 2014/C 291/01, JO UE 30 août 2014, point 10.

Certes, lorsque la commission-affiliation met en œuvre le savoir-faire du commettant, celui-ci a évidemment l'obligation de le communiquer au commissionnaire-affilié.

En revanche, sauf stipulation contraire, le commettant n'est pas tenu de mettre à jour le savoir-faire ou d'en assurer la maintenance pendant l'exécution du contrat. De même il n'est pas tenu d'être attentif aux éventuelles difficultés commerciales du commissionnaire-affilié dans la mise en œuvre du savoir-faire. Et s'il a connaissance de telles difficultés, il n'a pas l'obligation de l'assister dans sa démarche comme doit le faire un franchiseur, à moins que ces difficultés ne lui soient imputables³¹ (et l'on retrouve ici la logique des arrêts Huard et Chevassus-marche).

En résumé, parce qu'elle n'a pas pour cause la réitération d'une réussite commerciale, la commission-affiliation emporte au mieux une communication de savoir-faire et non une maintenance du savoir-faire.

Pour la même raison, le commettant, à la différence du franchiseur, n'a pas à assurer ni à s'assurer de la notoriété des signes distinctifs qu'il met à disposition du commissionnaire-affilié. L'exigence de notoriété étant étroitement liée à la notion de réussite commerciale.

Enfin, la préconisation par certains auteurs que l'erreur sur la rentabilité soit, en matière de franchise, toujours analysée comme une erreur sur la substance justifiant la nullité pour vice du consentement révélerait, si l'analyse devait prospérer³², un intérêt supplémentaire de recourir à la commission-affiliation. En effet, cette préconisation se justifierait du fait que pour la franchise, les perspectives de rentabilité « participent de sa nature, de sa substance »³³. Or, dans la mesure où la commission-affiliation n'a pas pour cause la réitération d'une réussite commerciale, les perspectives de rentabilité n'entrent pas dans le champ contractuel, sauf clause contraire. Le défaut de rentabilité du commissionnaire-affilié ne saurait donc en-soi caractériser une erreur sur la substance.

L'intérêt de la commission-affiliation est ainsi avéré. Pour autant, on peut se demander si à d'autres égards, l'intérêt n'est pas incertain, du fait que certaines contraintes qui affectent le contrat de franchise se retrouvent à l'identique dans la commission-affiliation, voire y sont aggravées.

B. Un intérêt incertain ?

On évoquera rapidement l'application de l'article L. 330-3 C. com. car la contrainte est identique quel que soit le contrat en cause.

Ce texte met à la charge du fournisseur une obligation d'information précontractuelle au profit du distributeur dont il obtient un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et au profit duquel il met à disposition ses signes distinctifs. Si, en pratique, le dispositif

³¹ Rapp. Com., 3 novembre 1992 (Huard) : *Bull. civ.*, IV, n° 338 ; Com., 24 novembre 1998 (Chevassus-Marche) : *Bull. civ.*, IV, n° 277.

³² Ce qui ne paraît pas souhaitable car allant bien au-delà de l'économie de la franchise fondée sur la seule espérance de rentabilité et non son obtention.

³³ N. Dissaux, note sous Cass com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : *D.* 2011, p. 3052.

concerne principalement la franchise, il a un domaine beaucoup plus large et peut viser la commission-affiliation dès lors que les deux conditions (exclusivité et mise à disposition) se vérifient, ce qui est généralement le cas³⁴.

Notamment, on rappellera que la jurisprudence affirme de manière catégorique, et à juste titre, que le franchiseur n'est pas tenu de remettre au prévisionnel. Dès lors, il n'y a pas lieu de distinguer ici selon l'économie respective du contrat de franchise et de commission-affiliation pour en déduire que le premier imposerait la remise d'un prévisionnel parce qu'il serait un contrat de réitération d'une réussite commerciale³⁵, alors que le second n'imposerait pas la remise d'un prévisionnel parce qu'il serait un simple contrat de spécialisation.

L'économie propre des deux formules conduit toutefois à s'interroger sur une application plus accueillante du statut de « gérant de succursale » et une appréciation plus sévère des clauses de non-concurrence.

1°. L'hypothèse d'une application plus accueillante du statut de « gérant de succursale »

Le Code du travail accorde à certains distributeurs juridiquement indépendants le bénéfice du droit social dès lors qu'ils remplissent plusieurs conditions révélant une forme de dépendance économique. L'article L. 7321-1, 2° a) C. trav. fixe ainsi le statut de « gérants de succursales », selon une appellation abusive, dont tout distributeur relève lorsqu'il remplit les 3 critères suivants :

- Un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'approvisionnement
- Un local fournit ou agréé par le fournisseur
- Des conditions et prix imposés

Ce dispositif fait aujourd'hui peser sur les contrats de franchise une forte contrainte. De fait, le franchisé exerce toujours l'activité à partir d'un local fournit ou agréé, est souvent tenu de s'approvisionner de manière exclusive auprès du franchiseur et se voit toujours imposer certaines normes, au moins celles que commande la réitération de la réussite. Reste la question des prix imposés, en principe impossible car interdite dans la franchise du moins lorsque le franchisé achète pour revendre. Mais le juge social se montre plutôt accueillant pour considérer que des prix en apparence conseillés sont en réalité imposés au sens de ce dispositif.

Si le risque d'application du droit social à un non-salarié est élevé dans la franchise, il l'est sans doute encore plus dans la commission-affiliation et, ce, au regard du 3^{ème} critère d'application du statut.

³⁴ Par exemple : Dijon, 22 mai 2007, n° 06/01277.

³⁵ Comp. N. Dissaux et S. Meresse, in *La franchise : questions sensibles* : Rev. Lamy dr. aff. suppl. 7-8/2012, pour qui la lettre du texte – qui vise les perspectives de développement du marché et la présentation de l'état général et local du marché –, et l'esprit de la franchise – en l'occurrence sa cause tenant à la réitération d'une réussite commerciale – imposerait au franchiseur la remise d'un compte prévisionnel au franchisé. Mais cette analyse nous paraît douteuse car elle conduit à un traitement distinct selon l'économie du contrat en cause, alors que ce dispositif légal d'information précontractuelle n'est pas réservé aux seuls contrats de franchise et n'a d'ailleurs même pas été initialement conçu pour lui (*ubi non distinguit...*).

- S'agissant d'abord des prix imposés, il suffit de rappeler que, le plus souvent, le recours à la commission-affiliation s'explique par la volonté du fournisseur de contrôler les prix de commercialisation.

- S'agissant des conditions imposées, l'exigence suscite d'une manière générale de nombreuses difficultés qui tiennent pour l'essentiel en deux questions : quelles conditions (commercialisation et/ou travail) et quel degré d'imposition. Or, il semble que les juges apprécient la notion de condition imposée de manière relative, en tenant compte de la nature du contrat en cause. S'agissant, par exemple, d'un contrat de franchise, il n'est pas rare, en effet, que le statut soit écarté au motif que, dans le contrat en cause, les conditions n'étaient pas imposées au sens du texte car elles correspondaient à la mise en œuvre convenue des normes issues du savoir-faire du franchiseur.

Si cette interprétation de la jurisprudence est exacte, on pourrait admettre que l'imposition des conditions ne s'apprécie pas de la même manière dans la franchise et la commission-affiliation mais devrait tenir compte de leur économie propre. Ainsi, d'un côté, les normes seraient imposées dans la franchise lorsqu'elles dépassent ce que la transmission de savoir-faire conduit habituellement à réitérer ; d'un autre côté, elles seraient imposées dans la commission-affiliation, lorsqu'elles dépassent ce que justifie la prise de risque par le commettant.

Si cette analyse devait prospérer, resterait à se demander si la notion de conditions imposées serait accueillie plus largement dans la commission-affiliation. La réponse est délicate. D'un côté, la franchise vise la réitération d'une réussite commerciale, ce qui peut justifier un encadrement étroit des modalités de commercialisation ; d'un autre côté, la commission-affiliation fait en principe peser le risque commercial sur le commettant. Certes, cela peut également justifier l'encadrement étroit de certaines normes. Pour autant, cela ne semble pas justifier l'imposition de toutes les normes commerciales, ni des normes de travail...

2°. L'hypothèse d'une appréciation plus sévère des clauses de non-concurrence

D'une manière générale, la validité d'une clause de non-concurrence est conditionnée notamment à la protection des intérêts légitimes du créancier, tant en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit commun.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, elle ne bénéficie d'une exemption au titre du règlement d'exemption que si elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire (règl. 330-2010, art. 5, 3). On comprend alors que la clause de non-concurrence est plus gravement menacée lorsqu'elle est stipulée dans un contrat de commission-affiliation qui n'emporterait pas mise à disposition d'un savoir-faire, que dans un contrat de franchise qui emporte nécessairement une telle mise à disposition³⁶. Là encore, c'est l'économie de chacun de ces contrats qui explique la solution.

³⁶ Encore que les juges tiennent compte de la teneur du savoir-faire pour apprécier la validité de la clause (par ex. Paris, 11 sept. 2013, n° 11/14380 et Paris, 6 mars 2013, n° 09/16817)

Cette solution tirée du droit des pratiques anticoncurrentielles a vocation à s'appliquer en l'absence d'atteinte à la concurrence sur le marché car le règlement d'exemption sert souvent de guide au juge ou au praticien pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence en dehors de son domaine d'application.

Au demeurant, en droit commun, la licéité de la clause peut encore être justifiée par d'autres considérations, qu'il faut alors apprécier dans le cadre de la franchise et de la commission-affiliation.

La clause de non-concurrence peut permettre d'éviter un détournement de clientèle. Mais, comme le franchisé, le commissionnaire-affilié est un commerçant, titulaire à ce titre d'une clientèle. Dès lors, comment justifier sur ce fondement la clause de non-concurrence³⁷ ? On retrouve dans la commission-affiliation la discussion récurrente en matière de franchise, qui se ramène à la question suivante : dès lors que la clause de non-concurrence empêche le franchisé d'exploiter sa clientèle et peut lui faire perdre son fonds de commerce, ne devrait-elle pas donner lieu à une contrepartie financière ? La jurisprudence apporte à cette question une réponse négative³⁸.

Par ailleurs, dans la franchise, la clause de non-concurrence peut répondre au souci de protéger "l'identité commune ou la réputation du réseau"³⁹. L'effet de réseau se retrouve dans la commission-affiliation, de sorte que, de prime abord, la clause de non-concurrence pourrait également trouver ici la même justification. Cependant, l'identité commune ou la réputation du réseau n'ont pas la même portée dans la franchise et la commission-affiliation, en raison de leur économie respective.

La réitération de la réussite commerciale qui caractérise la franchise repose sur la notoriété de l'enseigne, laquelle commande de préserver la réputation du réseau et donc son image et son identité⁴⁰. L'effet de synergie au sein du réseau est déterminant et justifie donc pleinement la clause de non-concurrence. Certes, l'affiliation du commissionnaire repose également sur une enseigne commune et impose à ce titre de respecter l'image du réseau. Pour autant, s'agissant d'un contrat de spécialisation l'effet de réseau est moindre. En effet, l'enjeu est moins la notoriété de l'image du réseau que la pertinence de l'activité de chacun de ses membres⁴¹. De sorte que la protection de l'identité commune ou la réputation du réseau par la clause de non-concurrence se justifie moins⁴². Au demeurant, si l'effet de réseau devait être le même, on pourrait s'interroger sur la réalité de la commission-affiliation.

³⁷ Rappr. en matière de franchise : Ch.- E. Bucher, Clause de non concurrence, J-Cl. Contrats distribution, fasc. 122, n° 56 « La protection de la clientèle n'est plus un intérêt légitime susceptible d'être invoqué par le franchiseur depuis que la jurisprudence a reconnu que cette clientèle appartenait au franchisé à propos du statut des baux commerciaux ».

³⁸ V. not. Cass. com., 23 oct. 2012 (2 arrêts) : Bull. IV, n° 192 et 193.

³⁹ Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-15560 : JCP E 2000, p. 1429, note L. Leveneur.

⁴⁰ Ce qui d'ailleurs justifie l'imposition de normes au franchisé (V. supra).

⁴¹ Même si l'un se nourrit évidemment de l'autre. Mais si l'incompétence du commissionnaire-affilié peut rejaillir sur l'image de l'ensemble du réseau, c'est seulement de manière indirecte, voire marginale.

⁴² On peut d'ailleurs considérer que la défaillance du commissionnaire-affilié nuit moins aux autres membres du réseau que la défaillance du franchisé.

Cette dernière observation souligne, en guise de conclusion, que si la franchise connaît une crise de maturité, la commission-affiliation connaît une crise d'identité, qu'il s'agisse de s'interroger sur sa réalité ou de trouver le point d'équilibre entre un excès d'indépendance emportant notamment application du droit de la concurrence et un excès de dépendance emportant notamment application du droit social.