

ÉCOLE DOCTORALE

CEIPI

THÈSE présentée par :

Philippe VALLAS

Soutenue le : 23 septembre 2014

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : DROIT PRIVE

Le REFERENCEMENT

**Contribution à l'étude de la nature juridique d'un
contrat majeur de la grande distribution**

THÈSE dirigée par :

M.REBOUL Yves

Professeur Emérite, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. FERRIER Didier

Professeur Emérite, Université de Montpellier 1

M. KENFACK Hugues

Professeur, Doyen de la Faculté de Droit de Toulouse 1

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. ERESEO Nicolas

Maître de Conférence, Université de Strasbourg

DEDICACE

A celles qui m'ont soutenu

A celui qui attendait

A celle qui n'a pu attendre

REMERCIEMENTS

A Monsieur BOLZE qui m'a permis de commencer cette thèse

A Monsieur BURST qui m'a donné le courage de la poursuivre

A Monsieur KOVAR qui a accepté de lui succéder

A Monsieur REBOUL sans qui je n'aurais pu la terminer

TABLE DES MATIERES

DEDICACE.....	2
REMERCIEMENTS.....	3
TABLE DES MATIERES.....	4
INTRODUCTION.....	12
<i>PARTIE 1 Le référencement : un exemple remarquable du pouvoir normatif de la pratique commerciale.....</i>	27
Introduction :.....	27
TITRE I : L'inévitable contractualisation d'un processus économique	28
Introduction :.....	28
Chapitre I : L'expression d'un besoin de la pratique commerciale	30
Introduction :.....	30
Section I : Un facteur économique déterminant l'évolution des formules d'approvisionnement	31
Introduction.....	31
§1) Le progressif abandon des formules lourdes d'approvisionnement	32
A) Une évolution logique au profit des formules contractuelles	32
1) Une formule sociétaire propre aux groupements d'achat.....	33
2) Une formule contractuelle commune aux regroupements à l'achat	34
B) Une préférence marquée pour les formules d'intermédiation	38
1) Le déclin relatif de l'achat/vente	38
2) L'avantage des techniques d'intermédiation	41
§2) La recherche stratégique d'une souplesse de fonctionnement	45
A) Un but partiellement atteint par l'intermédiation traditionnelle	45
1) La fonction des contrats d'intermédiation.....	46
2) La nature des contrats d'intermédiation	47
B) Un but pleinement atteint par le référencement.....	50
1) Les caractères du référencement	51
2) Le fonctionnement du référencement.....	52
Section II : Le constat d'un "particularisme" des formules d'approvisionnement.....	55
Introduction.....	55
§1) Le "particularisme" de la formule d'achat/vente	56
A) Une discussion ancienne apparemment close	56
1) Une théorie intéressante	57
2) Une théorie mal acceptée	58
B) Un problème toujours sensible	60
1) Un contexte particulier	60
2) Une cause particulière.....	62

LE REFERENCEMENT

§2) Le "particularisme" des formules d'intermédiation	64
A) La reconnaissance de spécificités liées au regroupement à l'achat	64
1) Des spécificités communes à l'intermédiation	64
2) Des spécificités propres au mandat	67
B) Des spécificités affectant le régime juridique des intermédiations	69
1) Un nouveau régime applicable au mandat	69
2) Un régime commun à l'intégration à l'achat ?	71
Conclusion du chapitre 1	73
Chapitre II : L'affirmation de la nature contractuelle du référencement.....	74
Introduction	74
Section I : Une difficile appréhension juridique	75
§1) Un ensemble conventionnel composite	76
A) Une souplesse commerciale compliquant l'analyse.....	76
1) Deux situations extrêmes et une pluralité de variations	77
2) Quatre formules principales	80
B) Une relation contractuelle polymorphe	82
1) Une essence contractuelle	82
2) Une diversité contractuelle.....	85
§ 2) Une nature contractuelle particulière.....	89
A) Un nécessaire rattachement au droit commun des contrats.....	89
1) Un consentement.....	90
2) Un objet et une cause	93
B) Une évidente singularité de fonctionnement	97
1) Une validité fluctuante des contrats de référencement.....	97
2) Une validité intangible du référencement	99
Section II : Une licéité de principe	103
Introduction :	103
§1) Une validité reconnue au regard de l'ordre public économique de protection	105
A) : L'application au référencement du livre 4, titre 4 du Code de commerce.....	105
1) L'application des règles de transparence	106
2) La prohibition des pratiques restrictives et autres.....	111
B) Une soumission spécifique aux pratiques discriminatoires	114
1) L'applicabilité de l'article L.442-6 au référencement.....	115
2) La compatibilité de l'article L.442-6 avec le référencement.....	119
§2) Une validité reconnue au regard de l'ordre public économique de direction	123
A) : Le référencement face au droit des ententes	123
1) L'applicabilité du droit des ententes au référencement.....	124
2) La compatibilité du droit des ententes avec le référencement.....	127
B) Le référencement face au droit des abus de domination	130
1) L'abus de position dominante.....	131
2) L'abus de dépendance économique	135

LE REFERENCEMENT

Conclusion du chapitre 2	139
Conclusion du titre 1.....	141
TITRE II : Le caractère sui generis du référencement	143
Introduction :	143
Chapitre I : Une complexité d'objet caractérisant la relation de référencement.....	145
Section 1 : La complexité de l'objet du référencement.....	146
§ 1 : Une unicité de l'objet du référencement	147
A) L'expression diversifiée d'une même nature juridique	148
1) Une diversité d'expression contractuelle	148
2) Une diversité trouvant son unité dans le référencement.....	151
B) Une spécificité commune constituant l'objet du référencement	153
1) Une spécificité révélant la singularité des contrats de référencement	154
2) Une spécificité insuffisante pour singulariser le référencement.....	157
§ 2 : Une singularité de l'objet du référencement	160
A) L'opération de référencement : condition d'un contrat de référencement.....	160
1) L'opération de référencement existe-t-elle ?	161
2) Un critère général de reconnaissance du référencement ?.....	164
B) Le contrat de référencement : condition d'une opération de référencement	166
1) Le sens de l'affirmation	166
2) La portée de l'affirmation	169
Section II : La complexité de l'objet de l'opération de référencement.....	172
§ 1) L'existence d'un contrat de référencement	174
A) Une interprétation jurisprudentielle extensive	174
1) Une analyse au cas par cas des juges du fond	174
2) Une position de principe de la Cour de Cassation.....	177
B) Une interprétation justifiée par la nature "complexe" du référencement.....	179
1) Les fondements de la jurisprudence de la Cour de Cassation	180
2) Les limites de la jurisprudence de la Cour de Cassation	183
§ 2) La reconnaissance d'une opération de référencement	186
A) Les éléments de qualification.....	186
1) Plusieurs hypothèses envisageables	187
2) Un argument sérieux mais inopérant.....	189
B) Le droit positif.....	192
1) La distinction des situations nées d'un contrat de commission.....	193
2) La distinction des situations nées d'un mandat	195
Conclusion du chapitre 1	198
Chapitre II : Une indifférence de la cause qualifiant les contrats de référencement.....	199
Introduction.....	199
Section I : Une pluralité de qualifications en réponse à une variabilité de cause	201
§ 1) Les alternatives fonctionnelles étrangères aux engagements du référencieur.....	203
A) Un engagement unilatéral des fournisseurs référencés	203

LE REFERENCEMENT

1) Une analyse nécessaire pour certains cas de référencement	204
2) Une analyse unique recouvrant plusieurs alternatives fonctionnelles	206
B) Un contrat synallagmatique entre distributeurs et fournisseurs.....	208
1) Une situation fonctionnelle classiquement assimilée à un mandat	209
2) Une solution trop restrictive pour rendre compte du référencement	212
§ 2) Les alternatives fonctionnelles reposant sur les engagements du référencieur	216
A) Une stipulation pour autrui	217
1) Une analyse a priori évidente.....	218
2) Une analyse néanmoins critiquée.....	220
B) Une solution se déclinant en plusieurs alternatives fonctionnelles	222
1) L'existence d'un contrat-cadre.....	222
2) L'hypothèse d'un contrat d'entreprise.....	224
Section II : Une qualification unique au prix d'une liberté d'interprétation	227
§ 1) La place de la théorie du courtage dans l'analyse du référencement	228
A) Une théorie majoritaire mais contestée.....	228
1) Une théorie majoritaire reprise sans conviction par la jurisprudence	229
2) La persistance de voix discordantes.....	234
B) Une hypothèse classique mais insuffisante	237
1) La compatibilité du courtage simple avec certains cas de référencement.....	238
2) Les limites de la solution fonctionnelle du courtage simple	241
§ 2) L'hypothèse du double courtage.....	244
A) Une adaptation conceptuelle aux spécificités du référencement.....	244
1) Une analyse séduisante	245
2) Une qualification en courtage du contrat de référencement.....	247
B) Une solution discutable	250
1) Les difficultés de mise en œuvre du double courtage	250
2) les limites du double courtage.....	253
Conclusion du chapitre 2	256
Conclusion du Titre 2	257
Conclusion de la première partie :	258
Partie 2 : Le référencement : une illustration de l'influence de l'ordre public	
économique en droit des contrats.....	260
Introduction :	260
Titre I : Un ordre public économique bouleversant l'analyse classique du référencement	
.....	262
Introduction :	262
Chapitre I : L'influence de l'ordre public économique sur le référencement.....	264
Introduction :	264
Section 1 : Une influence limitée au regard des pratiques d'avantages traditionnelles	266

LE REFERENCEMENT

Introduction :	266
§1) Les pratiques tarifaires traditionnelles	267
A) Les avantages assis sur une prestation d'achat	267
1) Une justification basée sur des critères économiques	268
2) Une justification sans incidence sur le référencement.....	270
B) Les avantages en terme de règlement.....	272
1) Un principe d'encadrement posé de longue date	273
2) Une possible incidence sur le référencement	275
§2) Les pratiques non tarifaires traditionnelles	277
A) Une classification stricte opérée par le législateur	277
1) Une distinction subtile.....	278
2) Un objectif de régularisation économique.....	280
B) Une classification sans incidence sur le référencement.....	282
1) Une contrepartie comme seul critère de validité	282
2) Une contrepartie étrangère au référencement.....	285
Section II : Une influence notable au regard des pratiques d'avantages propres au référencement	288
§1) Une influence sur la nature du référencement	289
A) La licéité de la prime de référencement	289
1) Une incrimination spécifique	290
2) Un caractère discriminatoire largement sanctionné.....	292
B) La question d'une "patrimonialité" du référencement	294
1) L'hypothèse d'une valeur commerciale du référencement.....	294
2) Les ambiguïtés d'une condamnation	296
§2) Une influence sur le fonctionnement du référencement	299
A) La généralisation des avantages	299
1) Des pratiques intimement liées au référencement	300
2) Des conditions de validité affectant le référencement.....	304
B) La commission de gestion	306
1) Les conditions de validité.....	307
2) L'influence sur le référencement	309
Conclusion du chapitre 1:	311
Chapitre II : Un ordre public économique conditionnant l'étude fonctionnelle du	
référencement	312
Introduction :	312
Section I : L'incidence des avantages propres à la structure de regroupement	314
§1) La commission de gestion	315
A) Une disposition accessoire au contrat de référencement ?	315
1) La solution fonctionnelle pour certains cas.....	316
2) La recherche d'une contrepartie acceptable	318
B) Une partie intégrante du contrat de référencement ?	321

LE REFERENCEMENT

1) Une formule fonctionnelle compatible.....	322
2) Des formules fonctionnelles adaptées.....	325
§2) La prime de référencement.....	328
A) Des hypothèses variées.....	328
1) Les justifications envisageables.....	329
2) Les alternatives fonctionnelles compatibles.....	332
B) Une solution plausible.....	334
1) L'absence de garantie légale de solvabilité.....	334
2) La possibilité d'une garantie conventionnelle.....	337
Section II : L'incidence des avantages au bénéfice des membres du regroupement.....	340
§ 1) Des implications communes et particulières.....	341
A) La généralisation des avantages.....	341
1) Des implications communes.....	342
2) Des solutions communes.....	344
B) La globalisation des avantages.....	348
1) Des implications particulières.....	348
2) Une solution particulière.....	351
§ 2) Une exigence incontournable.....	354
A) Des analyses fonctionnelles compatibles.....	354
1) La compatibilité d'une analyse en mandat et en stipulation pour autrui.....	355
2) La compatibilité d'une analyse en courtage.....	358
B) Des analyses fonctionnelles incompatibles.....	360
1) L'incompatibilité du double courtage.....	361
2) Un manque d'adaptation rédhibitoire.....	362
Conclusion du chapitre II.....	365
Conclusion du Titre I.....	366
TITRE II : Un ordre public économique justifiant un nouveau concept du référencement.....	367
Introduction :.....	367
Chapitre I : L'impasse de l'approche analytique classique du référencement.....	369
Introduction :.....	369
Section I : Un aboutissement logique de l'analyse contractuelle.....	370
Introduction :.....	370
§1) La démonstration de l'existence d'une cause au référencement.....	371
A) Une pratique décisive du référencement.....	371
1) Une démonstration fondamentale.....	372
2) Une conclusion encore d'actualité.....	374
B) Un élément essentiel de l'analyse.....	376
1) L'objet d'une intégration à l'achat.....	376
2) La cause du référencement.....	378

LE REFERENCEMENT

§ 2) : Une cause déterminant le régime juridique des contrats de référencement	381
A) La portée de l'existence d'une cause déterminante au référencement.....	381
1) L'incidence fonctionnelle d'une cause au référencement.....	382
2) Les différents paramètres déterminant l'analyse fonctionnelle.....	386
B) Un choix limité d'alternatives fonctionnelles compatibles	387
1) Le constat d'une compatibilité inégale	388
2) La recherche d'une adéquation optimale	390
Section II : Un choix fonctionnel par défaut.....	393
§1) La stipulation pour autrui, essence conventionnelle de la relation de référencement	394
A) Une analyse contractuelle plus conforme à la volonté des parties	394
1) La fluctuation des caractères d'une représentation	395
2) La permanence d'un engagement du référencieur	397
B) Une analyse incontournable quelle que soit la qualification du contrat d'intermédiation	398
1) La commission comme hypothèse ultime d'intermédiation	399
2) La stipulation comme critère d'authentification du référencement.....	400
§2) Le choix d'une solution fonctionnelle compatible.....	403
A) Des hypothèses plausibles sans être convaincantes	403
1) L'hypothèse d'un contrat d'entreprise	404
2) L'hypothèse d'un contrat de commission.....	405
B) Les limites d'une approche contractuelle du référencement	408
1) Des hypothèses perfectibles	409
2) Une solution peu satisfaisante	411
Conclusion du chapitre 1	413
Chapitre II : La nécessité d'une approche analytique nouvelle du référencement.....	415
Introduction :	415
Section I : La reconnaissance d'une identité sociétaire au mouvement d'intégration à l'achat...	417
Introduction :	417
§1) Un processus commercial intrinsèquement social	418
A) Une évidente volonté de constitution d'une entreprise commune.....	418
1) Le constat d'une association en vue d'économies	419
2) La réalité de l'affectio societatis	421
B) Une nécessaire existence d'investissements sociétaires	422
1) L'exigence d'apports.....	423
2) La contribution aux pertes.....	425
§2) Une perspective sociale interpellant sur la place de la structure de référencement	428
A) Une probable volonté de constitution d'une entreprise commune	428
1) La recherche conjointe d'un avantage commercial	429
2) La collaboration au succès de l'entreprise.....	431
B) Une possible existence d'investissements sociétaires	433
1) L'exigence d'apports et la contribution aux pertes	433

LE REFERENCEMENT

2) Le caractère sociétaire des investissements	436
Section II : Une identité sociétaire justifiant une redéfinition du régime juridique du référéncement	439
Introduction :	439
§1) Une redéfinition de la nature juridique des centrales d'achat	440
A) La reconnaissance du regroupement à l'achat comme société en participation	440
1) Une société généralement ostensible	441
2) Une possible volonté d'occultation	444
B) Une nature juridique nouvelle modifiant les obligations nées du référéncement.....	445
1) De nouveaux principes.....	446
2) Des obligations modifiées.....	448
§2) Une redéfinition de l'analyse fonctionnelle du référéncement.....	451
A) Un nouveau panel d'alternatives	451
1) Le référéncneur : simple intermédiaire	452
2) Le référéncneur : gérant du regroupement	454
B) Un nécessaire choix fonctionnel	456
1) Deux solutions possibles	457
2) Une solution satisfaisante	460
Conclusion du chapitre II	466
Conclusion du titre II	468
<i>Conclusion de la deuxième partie</i>	<i>470</i>
<i>Conclusion générale</i>	<i>472</i>
INDEX ALPHABETIQUE	475
Bibliographie	475
Mots Clefs :	484
Résumé en français.....	485
Résumé en anglais	486
Annexes	487
Annexe 1 : Contrats d'affiliation.....	487
Annexe 2 : Contrat de référéncement	494
Annexe 3 : Contrat de référéncement sur Internet	498
Annexe 4 : Fonctionnement de la centrale LE GALEC.....	504
TRAVAUX UNIVERSITAIRES	510

INTRODUCTION

1. "**Le référencement**", ce terme que l'on aurait pu croire, il y a peu, réservé à une catégorie limitée de commerciaux et de juristes, fait depuis quelque temps la "une" de l'actualité, en raison de l'importance grandissante que revêt, dans notre société, ce qu'il est convenu d'appeler : "le monde de la grande distribution".

Même pour un public moyennement informé il évoque, à présent, la guerre sans merci que se livrent les forces de production et de commercialisation, ainsi que le cortège de mesures, à l'efficacité contestée, prises par le législateur placé en position d'arbitre, sous la pression des différents lobbies et de la logique économique.¹ Le référencement s'est, en effet, taillé une certaine notoriété médiatique par les effets micro et macro économiques, bien souvent négatifs, qu'induit son corollaire qu'est le "**déréférencement**",² et les autres dérives causées par la puissance d'achat des distributeurs associés.³ C'est donc, très logiquement, que les diverses pratiques nées du référencement et leurs conséquences en terme d'ordre public économique ont, parallèlement, fait l'objet d'une doctrine abondante.⁴ Malgré l'intitulé de notre sujet, nous n'avons pas, ici, la

¹ Voir, notamment, sur ces questions d'efficacité et d'opportunité <<Table Ronde>> JCP. Cahier de droit de l'entreprise n°5 année 2001 p 25 avec **M. JJ BREE**, journaliste, **M.E. LECLERC**, Grande Distribution, et **M. Louis LE VELY**, Industrie.

² Action courante dans la grande distribution consistant à refuser ou/et à faire refuser par les adhérents d'un regroupement d'achat certaines références de produit. Cette action ne devient illégale que quand elle est brutale et entraîne une rupture de relations commerciales établies en cas de dépendance économique, ou encore vise à faire pression sur les fournisseurs en vue de l'obtention d'un avantage injustifié.

³ Voir, pour une approche médiatique de ces questions **M.Cédric DUCROCQ** << Concurrence et stratégies dans la distribution>> Vuibert entreprise 1991 ; **MM. Dominique SICOT, Alexandre VATIMBELLA** <<La distribution>> Collection Alternatives économiques 1990 ; **M.Christian JACQUIAU** <<Les coulisses de la grande distribution>> Edition Albin Michel 2005 ; **M.Jacques VIGNY** << LA DISTRIBUTION Structures et pratiques>> DALLOZ 1994.
Voir également, pour un exemple d'effet négatif sur l'emploi : **Cour d'Appel de Versailles 15ème chambre, 27 octobre 2010**. Disponible sur legimobile.fr.

⁴ Voir, notamment : **Mme. V. SELINSKY** <<(Dé)Référencement et droit de la concurrence>> Cahier de droit de l'entreprise 1983-3 ; **DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX ; **J.M MOUSSERON** et autres auteurs << Structures de la distribution >> Cahiers de droit de l'entreprise 1985/4 ; **Mmes FERRY et MOMEGE** << l'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?>> JCP entreprise 1985 II 1441 ; **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n°XV, LITEC 1986 ; **M.François Xavier TESTU** << La puissance d'achat devant la Commission de la Concurrence : un bilan pour l'avenir>> ; **M.VISSARAMY** << le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels>> DALLOZ 1988 chronique XVII p 113 ; **M.Alain PIETRANCOSTA** : <<Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence>> Les petites affiches 10 août 1988 n°96 p 21 ; **MM. Alain CHAPPERT et François ESCALLE** << Les relations entre Producteurs et Distributeurs : Une approche empirique>> "Economie et prévision" n° 88-89 . 1989 ; **M. PIGASSOU** << Les conditions de vente (aspects du droit de la concurrence) JCP Entreprise II Etudes et Commentaires 1990. 15720 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991 ; **M. JJ BIOLAY** Petites affiches 7 avril 1991 p 4 <<

prétention d'ajouter à ces études. Sans pour autant nous désintéresser des conséquences économiques du référencement et de ses rapports à l'ordre public, notre questionnement est différent. Il ne concerne que la nature juridique du référencement et ses implications.

2. Notre sujet s'avère, de ce fait, beaucoup moins d'actualité, puisque cette question sur laquelle se sont penchés un certain nombre d'auteurs renommés, lors de la "révélation" de cette nouvelle relation commerciale à partir des années 70, a quelque peu été abandonnée, depuis, par la doctrine.⁵

En effet, à de rares exceptions près, les auteurs commerciaux ne l'abordent souvent que de manière incidente, et généralement, pour rappeler l'opinion de la juridiction suprême ou, au mieux, les thèses en présence.⁶ Notre sujet pourrait, alors, presque apparaître comme étant de l'histoire du droit. Néanmoins, cela serait quelque peu paradoxal, quand on sait que l'existence du vocable de "référencement", dans la langue française, et même, dans le vocabulaire juridique, n'est que très récente. Paradoxal, également, quand on connaît l'importance économique des flux financiers et commerciaux basés sur ce type de relation commerciale.⁷ Paradoxal, enfin, quand son étude révèle une notion

les relations entre l'industrie et la grande distribution>> ; **M. Pierre ARHEL** << Les pratiques restrictives verticales >> Revue Concurrence Consommation n° 73 1993 ; **M. Louis VOGEL** << Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement>> Semaine juridique entreprise 1997 n° 50 p 517 ; **M. J.J BIOLAY** << Droit de la distribution commerciale>> EYROLLES Collection pratique du Droit ; **M. Stéphane RETTERER** <<Contrat de référencement>> Jurisclasseur commercial fasc. 320. **M. R.FABRE** <<Regroupements à l'achat "relations juridiques">> Jurisclasseur Contrat-Distribution 2002 Fasc. 1122. Etc.

⁵ **BURST, MOUSSERON, GORE, MM. SEUBE, LAVABRE, CALAIS-AULOY, SCHMIDT, MERCADAL, JAUFFRET et autres intervenants...** <<Colloque sur les services communs d'entreprises>> Vème Journée d'Actualité du Droit de l'Entreprise, Montpellier 1972, Litec 1973 ; **MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE** << Droit de la distribution>> LITEC 1975 ; **M.BERNARD** Thèse Paris 1975 " les coopératives de commerçants détaillants" ; **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. p 11 ; **MM.FABRE et SALES** : <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 ; **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986 ; **M.SORIA** : << Centrales et groupements d'achat >> Dalloz rep. com. Ve 1987 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 1ère édition 1995.

⁶ Voir par exemple : **M.Jacques MESTRE** et **Mmes Marie-Eve PANCRAZI Isabelle Arnaud-Grossi laure Merland Nancy Tzgliano-Vignal** <<Droit commercial>> 29^{ème} édition LGDJ p 832 n°1064 ; **MM. Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN** <<Traité de droit commercial tome 2>> 11ème édition p 682 n°2682-2 ; **M.Alain BENABENT** <<Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux>> 10^{ème} édition LGDJ p 208 n° 458 et suivants.

Voir, néanmoins, pour des opinions plus développées : **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 408 n° 813 et suivants ; **Mme Martine BEHAR-TOUCHAIS. et M.Georges VISSARAMY** <<Les contrats de la Distribution>>. Traité des Contrats sous la direction de Jacques Ghestin ; **M.DURANTON** <<Courtiers>> Répertoire commercial DALLOZ n° 186 à 197 ; **M. RETTERER** <<Le Contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence>> JCP Cahiers de Droit de L'Entreprise n° 2 Année 1999 ; **Mme Alexandra MENDOZA-CAMINADE** <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011.

⁷ Une évaluation de l'importance de ces flux avait été présentée au parlement avant la réforme de la **loi du 15 mai 2001** relative aux nouvelles régulations économiques. **Avis de la Commission de la Production et des Echanges, 4 avril 2000.** (Introduction) " *Les mouvements financiers qui s'opèrent*

particulièrement complexe aux multiples implications. Ce n'est donc, ni avec le sentiment, ni avec la volonté de retracer l'historique de cette relation juridique que nous abordons notre recherche. Cette tentative de jeter un regard neuf sur une relation déjà amplement analysée par la doctrine pourrait, également, laisser imaginer à un public averti de la pluralité de son expression dans la pratique de la grande distribution, que notre projet serait d'actualiser sa connaissance par une enquête visant à en dresser la liste exhaustive. Telle n'est pas non plus notre ambition. Outre que cette enquête ne pourrait jamais prendre toute la mesure de la diversité de cette création commerciale, elle ne déboucherait que sur un catalogue de situations et non sur une analyse en profondeur des mécanismes de droit mis en œuvre. De telles enquêtes ont d'ailleurs déjà été menées, à l'époque où elles présentaient l'utilité de cerner cette relation, afin d'en déterminer les fondements et justifier son invention.⁸ Par leurs qualités, elles ont apporté suffisamment d'éléments pour qualifier un nouveau concept juridique, ce qui est, pour nous, l'essentiel. C'est, en effet, sur le concept même qu'elles ont contribué à dégager que porte notre réflexion, qui se veut, malgré son sujet, tout autant présente qu'actuelle.

3. "Le référencement", comme son nom l'indique, correspond historiquement à un besoin des distributeurs de disposer d'une liste de référence de produits leur permettant d'opérer des choix parmi la production disponible, afin de pourvoir à l'approvisionnement de leurs magasins.

Ce besoin est facilement compréhensible, déjà, dans le commerce traditionnel où, pour les quelques centaines de produits exposés, existent un nombre considérable d'équivalents disponibles sur le marché. Ce besoin devient évident et incontournable, dans une perspective de grande distribution, quand les produits exposés se comptent par milliers et que les sources d'approvisionnement sont mondialisées. Cet aspect initial du référencement, qui consiste à "référer" au sens le plus simple du terme les produits et donc, concrètement, à les lister, reste aujourd'hui encore au cœur de cette opération et se retrouve, naturellement, dans le fonctionnement de toute centrale d'achat.⁹ Cet aspect conditionne également le contenu juridique de l'opération puisque, l'action de porter les produits référencés à la connaissance des distributeurs, est l'un de ses caractères essentiels. Il est

dans ce secteur sont stratégiques. Les capitaux et les transactions financières en jeu sont pharaoniques : 2 500 milliards de francs par an de transactions commerciales."

⁸ **M. BERNARD** Thèse Paris 1975 << les coopératives de commerçants détaillants >> ; **MOUSSERON** et autres intervenants << Table ronde : les centrales d'achat >> Cahiers droit de l'entreprise 1982 ; **MM. FABRE et SALES** : << regroupements à l'achat >> LITEC 1984 ; **Mme M-E ANDRE** << Les contrats de la grande distribution >> LGDJ 1991.

⁹ Voir, en ce sens, le fonctionnement de la centrale d'achat LE GALEC (annexe 4).

temps, précisément, d'aborder ce contenu juridique.

4. Le référencement a été progressivement défini par la doctrine, puis la jurisprudence, comme étant l'acte par lequel un intermédiaire, appelé "**référéncieur**", négocie auprès de fournisseurs des conditions de ventes, dont ses adhérents pourront directement se prévaloir.

Cette définition élimine toute l'ambiguïté qui pourrait encore rester, malgré le titre de notre thèse, quant à l'objet de notre travail, dans la mesure où elle écarte la notion de "**référencement sur Internet**" qui consiste, plus simplement, en une inscription sur des "portails" ou des "moteurs de recherche" selon certains critères, le plus souvent, à visée commerciale. Cette inscription, initialement gratuite, devient progressivement payante, ce qui pose des problèmes nouveaux.¹⁰ Il est regrettable, à cet égard, que l'utilisation du même vocable puisse entraîner une confusion dont notre sujet, déjà complexe, se passerait bien. C'est d'autant plus regrettable que, même en terme d'analyse sémantique, le terme de "référencement" concernant les inscriptions sur Internet apparaît mal choisi. En effet, si l'on fait une recherche sur les suffixes latin "men" ou "mentum" utilisés pour la composition du mot "référencement", on constate que ces suffixes ont servi, dès l'époque latine, pour former des substantifs visant à signifier à la fois l'action et son résultat comme, en latin, le mot "testamentum" ou, en français, les mots "amoncellement", "remerciement", "vieillessement" ou "châtiment", par exemple. On peut donc dire qu'un nom commun formé sur cette base résume un processus, ce qui correspond bien à la description du concept que nous cherchons à analyser.¹¹ En revanche, l'objet du contrat Internet ne repose que sur l'action de

¹⁰ Cf. **Mme Nathalie DREYFUS** Revue des Marques - numéro 54 - Avril 2006 "*Le référencement payant consiste à monnayer aux annonceurs l'ordre d'apparition de leur site parmi les résultats d'une recherche sur certains mots-clés prédéfinis. La rémunération se calcule soit par nombre de clic (Pay-Per-Clic) dans le cas du positionnement par enchères, soit par CPM (coût par mille pages vues), dans le cas du positionnement par achat du lien.*". Voir également : **M. Ric BARBRY** avocat au barreau de Paris, président de Cyberlex <<le journal du net, rubrique juridique>> : "*La rémunération posera également inmanquablement la question de la responsabilité car si l'on peut imaginer aujourd'hui (et ce n'est d'ailleurs pas certain) que les OR ne sauraient voir leur responsabilité engagée du fait d'un défaut de référencement gratuit, il n'en sera certainement pas autrement d'un référencement payant et qu'en cela les OR seront tenus de proposer de véritables contrats à leurs clients permettant de préciser les droits et obligations de chacun. Ces contrats pourraient aisément prendre la forme de conditions générales de service. Gratuit ou payant le référencement pose également le problème de l'application des règles simples du droit de la concurrence. Pas plus que d'autres secteurs, celui du référencement n'est à l'abri des abus de position dominante ou des ententes illicites. Sur ce point, le Conseil National de la Concurrence a d'ores et déjà eu à se prononcer.*". Pour un exemple de contrat de référencement sur Internet afin de pouvoir comparer, voir annexe 3.

¹¹ Cf. **F. BALSAN** <<Etude méthodique du vocabulaire Latin-Français>> 1941 ; Voir également : **Louis jérôme BONDIL** : <<Introduction à la langue latine au moyen de l'étude de ses racines et de ses rapports avec le français>> : "*Ces désinences expriment l'effet, le résultat de l'action ; l'objet de l'action ; la chose obtenue, celle qui sert de moyen pour l'obtenir ou pour arriver à une fin*" ; <<Rudimens de la traduction, ou L'art de traduire le latin en français>> Par **Giovanni L Ferri di San Costante** 1811 p 44 Men Menum "*Ces deux terminaisons expriment l'effet de l' action ce qui fait qu' une chose est ou est de la sorte. Selon le président "Des Brosse" elles paraissent venir du verbe minere "être" dont Lucrece s'est servi. Ainsi men et mentum signifient la même chose que "res" : "la chose".*

référencer. C'est la raison pour laquelle nous aurions trouvé plus judicieux l'emploi du vocable "**référenciation**" pour le décrire, basé cette fois sur le suffixe d'origine latine "atio" qui fait référence à l'action proprement dite comme dans "translatio" l'action de bouger ou en français : "accélération", "taxation" ou "énumération", par exemple.¹² Quoiqu'il en soit, notre sujet se limite au mode d'approvisionnement de la grande distribution, qui mérite pleinement son appellation de "référencement" ; même si ce terme de "**référenciation**" a pu être utilisé également par certains auteurs pour le décrire, lors des premières analyses.¹³

5. L'invention du référencement s'inscrit dans le contexte global du mouvement d'intégration à l'achat, dont cette technique d'approvisionnement est devenue l'instrument privilégié.

L'objectif de ce mouvement d'intégration est de regrouper la puissance d'achat des distributeurs afin de disposer d'une force de négociation accrue envers les fournisseurs, eux-même, bien souvent, regroupés. Ce mouvement a donné lieu à la création d'entités d'une dimension et d'une puissance d'achat considérable. Ainsi, le chiffre d'affaires du premier acteur du secteur, le groupe américain **WALMART**, est de 476 milliards de dollars ; celui du second, le groupe français **CARREFOUR**, de 84 milliards et celui du troisième, le groupe anglais **TESCO**, de 80 milliards.¹⁴ Ces chiffres d'affaires sont supérieurs au Produit Intérieur Brut de nombres de pays, même européens, et confèrent à ces opérateurs les moyens de peser sur les fournisseurs en menant une politique agressive en matière de prix.¹⁵ L'arme stratégique de ces regroupements d'achat consiste dans le déréférencement, que

Voir également **GREVISSE** <<Le bon usage>> -ement [du lat. -amentum ; en latin classique, il ne correspondait qu'à des verbes en -are] a servi à tirer des verbes de toutes les conjugaisons un nombre considérable de noms exprimant l'action ou son résultat ; il est encore bien vivant : abaissement, embourgeoisement, avilissement, consentement, abatement, dénigrement. Quelques mots ont pris un sens concret : logement, vêtement.

¹² Cf. **F.BALSAN** étude méthodique du vocabulaire Latin-Français, 1941 ; Voir également : **Louis jérôme BONDIL** : <<introduction à la langue latine au moyen de l'étude de ses racines et de ses rapports avec le français>> : " Sio et Tio : ces désinences expriment proprement l'action, et moins proprement l'effet de l'action." ; Rudimens de la traduction, ou L'art de traduire le latin en français par **Giovanni L Ferri di San Costante** 1811 p 44 " Tio Sio Atio Elio Itio. Ces désinences annoncent l'action et son effet ou son habitude, l'action qu'on imprime et celle qu'on reçoit, ainsi destruc-tio c'est l'action de détruire, confessio c'est l'acte ou l'action de confesser, adulatio c'est l'action de flatter". Voir également **GREVISSE** <<Le bon usage>> -tion. Sous la forme -ation, emprunté au lat. -ationem ; elle a presque complètement évincé la forme populaire -aison, voir ci-dessus, c'est le suffixe nominal le plus productif en français contemporain. Il sert surtout à faire des noms d'action à partir de verbes (notamment de verbes en -iser) : adaptation, recommandation, admonestation, bifurcation, vaccination, unification, dégustation (très familier), colonisation, climatisation, uniformisation.

¹³ Cf. **BURST, CALAY-AULOY, MOUSSERON, SCHMIDT...** IVème Journée d'Actualité de Droit de l'Entreprise, Montpellier 1972, Litec 1973 ; **M.BERNARD** <<les coopératives de commerçants détaillants>> Thèse Paris 1975.

¹⁴ Chiffres de 2013.

¹⁵ A titre de comparaison, le PIB du Portugal représentent moins de la moitié du chiffre d'affaires de WALMART, soit 219 milliard USD en 2013, selon la banque mondiale, et celui du Luxembourg reste inférieur à celui des centrales européennes CARREFOUR et TESCO soit 60,5 Milliards USD.

nous avons précédemment défini comme la faculté de boycotter certains produits au sein de leur groupe s'ils ne sont pas satisfaits des conditions obtenues auprès des fournisseurs, action posant de multiples problèmes au regard du droit de la concurrence.¹⁶ Néanmoins, comme nous l'avons déjà exprimé, ces questions ne concernent pas non plus directement notre sujet. En effet, le déréférencement ne saurait être considéré comme un aspect de la nature juridique du référencement. Le référencement est l'expression de l'aboutissement d'une négociation commerciale alors que le déréférencement exprime, en sens contraire, l'échec, au moins temporaire, de cette négociation. Notre étude visant à démontrer les ressorts juridiques complexes mis en œuvre dans la réalisation de l'opération de référencement, les problèmes nés du déréférencement ne nous intéressent, nécessairement, que de manière incidente.

6. Il existe deux modes principaux de regroupement de la puissance d'achat :¹⁷

- Un mode que l'on peut qualifier "d'organique", puisqu'il vise à fédérer la puissance d'achat des différentes entités économiques souhaitant regrouper leurs potentiels, par la création d'une personne morale dont chacune sera membre. Cette personne morale est chargée de subvenir à leurs besoins d'approvisionnement, en profitant de l'accroissement de la puissance économique généré par leur groupement et, à ce titre, a reçu le nom de "**groupement d'achat**".¹⁸

- Un mode que l'on qualifiera de "contractuel", qui vise également à fédérer la puissance d'achat, mais à la différence que l'élément fédérateur n'est pas un lien structurel, mais un lien contractuel, qu'une personne morale préexistante, que l'on appelle alors "**centrale d'achat**", établit avec des entités économiques désireuses d'améliorer les conditions de leur approvisionnement. Lien contractuel, dont la

¹⁶ Cf. supra n° 1.

¹⁷ Mme M-E ANDRE <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991 p 27 n° 39 et suivants.

¹⁸ Mmes FERRY et MOMEGE <<l'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?>> JCP entreprise 1985 II 1441 p 162.

On a pu également parler d'une "formule endogène". M. Didier FERRIER <<Droit de la Distribution>> 3^{ème} édition Litec 2002 p 438 n° 790 formule non reprise dans les versions ultérieures ; dans le même sens et pour d'autres qualificatifs, voir également Mme M-E ANDRE <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991 p 27 n° 41. Pour un exemple concret : **Cour d'Appel de Paris 29 JANVIER 2008 n° 2006/07820** Société le Goff Confort, SAS contre Société Frisquet, SA : "*Certains négociants grossistes appartiennent à des groupes, nationaux ou européens, qui leur apportent une assistance en matière de marketing, d'achats et de financement. Les grossistes se réunissent également dans des groupements tels que GSE, Centramat, GSP, Sanilabel, qui interviennent en qualité de centrales de référencement ou d'achat, négociant les conditions d'achat des produits auprès des fournisseurs et organisant des actions communes commerciales et de marketing. Ces groupements, dont le champ d'action est national ou régional, rassemblaient, en 1996, 200 à 210 entreprises exploitant un peu plus de 500 dépôts, et totalisaient un chiffre d'affaires cumulé de 12,6 à 12,7 milliards de francs hors taxes, soit environ 37 % de l'activité totale du réseau.*".

centrale d'achat se prévaudra, auprès des fournisseurs, pour faire valoir l'existence d'un potentiel d'achat important, justifiant des conditions de vente en rapport.¹⁹ De cette différence de nature naîtra, nécessairement, une plus grande souplesse d'organisation dans les centrales d'achat que dans les groupements d'achat. On peut, également, estimer qu'elle témoigne d'une différence d'approche de l'intégration à l'achat. En effet, le mode organique manifeste une volonté de s'associer, donc un affectio societatis, que ne révèle pas a priori le mode contractuel.

7. Une première conséquence peut être notée quant à l'objet respectif de ces regroupements.

S'ils ont en commun une mission d'approvisionnement, leur différence de nature entraîne, nécessairement, une différence d'objet. En effet, cette mission d'approvisionnement pour un "groupement d'achat" concernera les membres de la personne morale qu'il constitue, tandis que, pour la personne morale agissant en centrale d'achat, cette mission concernera essentiellement des tiers, dont elle fédérera la puissance d'achat par ce que les auteurs s'accordent à présent à appeler un "**contrat d'affiliation**", dont elle sera "**l'affiliant**" et, ses cocontractants, des "**affiliés**". Il s'ensuit, qu'à titre principal, par cette opération d'approvisionnement, l'objet d'un groupement d'achat sera la recherche d'une économie pour ses membres, tandis que la centrale agira en prestataire de services envers ses affiliés, et que son objet sera donc, a priori, la recherche d'un profit pour elle-même. Une deuxième conséquence résultera du nécessaire agrément que l'organe de groupement devra imposer à l'adhésion de ses membres. Cet agrément pourra être nécessité par la nature même de l'intégration à l'achat, tel que pour les coopératives. Il sera, en tous cas, nécessité par le fort intuitu personae dans lequel baigne nécessairement cette activité d'achat, puisque la défaillance, notamment financière, de l'un des membres peut influencer, gravement, sur le fonctionnement du groupement dans son ensemble.²⁰ Il serait cependant quelque peu réducteur d'opposer trop exagérément "groupements d'achat" et "centrales", en imaginant à

¹⁹ On a pu également parler d'une "formule exogène" **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> 3^{ème} édition Litec 2002 p 438 n° 790 (formule non reprise dans les versions ultérieures) ; dans le même sens et pour d'autres qualificatifs, voir également **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 27 n° 41.

²⁰ Cf. **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 383 n° 757. L'auteur a dégagé de la pratique quatre critères de sélection qui sont autant de reflets des préoccupations commerciales de cette forme de structure d'intégration :

- Le critère de solvabilité du candidat,
- Le critère de localisation territoriale,
- Le critère de l'activité développée,
- Le critère de la dimension de l'entreprise.

LE REFERENCEMENT

l'inverse les centrales d'achat comme de simples prestataires de services, uniquement guidées par la notion de profit dans le choix de leurs membres. Ce serait faire abstraction du fait que l'objectif commercial de ces deux formes de regroupement est identique, quand bien même leur objet social est différent.

8. Il s'ensuit des similitudes opératoires et structurelles.

- Ainsi, la centrale et le groupement constitueront, l'une et l'autre, des intermédiaires obligatoires avec les fournisseurs. Cela signifie que, dans les deux cas, il leur faudra organiser leur relation avec leurs membres : prévoir une source de revenus pour assurer leur fonctionnement, choisir un mode d'approvisionnement, envisager des formes d'actions conjointes, etc. Le mode opératoire diffère, néanmoins, car si cette organisation ne pourra qu'être contractuelle, dans le cadre d'une centrale d'achat, elle sera nécessairement, en partie au moins, structurelle dans le cadre d'un groupement d'achat. Ce qui n'exclut pas, pour autant, une part contractuelle ; notamment en ce qui concerne l'organisation de l'approvisionnement.

- Ainsi, rien n'empêche un groupement d'achat de faire profiter des tiers de son activité. Ce procédé permet à un groupement d'achat d'augmenter à bon compte sa puissance d'achat, en se prévalant des contrats d'approvisionnement passés avec ses adhérents, en plus de la puissance d'achat de ses associés, pour obtenir des conditions d'achat meilleures auprès des fournisseurs.²¹ Le groupement d'achat agira donc, en l'espèce, en centrale d'achat auprès de ses adhérents. C'est même là, peut-on penser, le mode originel de leur création.²² Les centrales d'achat

On peut entrevoir, dans le premier critère retenu, la nécessité d'assurer la crédibilité du groupement, les autres visant, plutôt, à assurer sa cohérence.

²¹ Cf. **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4 ; **MM.FABRE et SALES** <<Les regroupements à l'achat>> Litec 1984 p 11 n° 65 n° 9 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991 p 27 n° 39 et suivants. Voir pour un exemple concret : **Conseil de la Concurrence Avis n° 04-A-08 du 18 mai 2004** relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish&Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR. *"Tout membre de Distriboissons, qu'il soit actionnaire (« adhérent » selon la terminologie de Distriboissons) ou « affilié » (sans participation au capital, mais qui bénéficie des avantages de la centrale d'achats) s'engage à commercialiser au moins [...] des produits offerts par l'ensemble des fournisseurs référencés par Distriboissons. Pour être adhérent de Distriboissons, l'entrepoteur grossiste doit s'approvisionner directement auprès des brasseries Kronenbourg. Cette condition n'est plus valable pour un simple affilié."*

Conseil de la Concurrence Avis n° 98-A-06 du 5 mai 1998 relatif à l'acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA (enseignes Franprix-Leader Price) : *« Considérant, par ailleurs, que Casino intervient directement dans la composition des assortiments des produits des magasins Spar, lesquels bénéficient des approvisionnements Casino pour les marques nationales et sont autonomes s'agissant de leurs marques propres ; que toutefois ils disposent des produits à la marque Casino même si ceux-ci demeurent facultatifs ; que, par ailleurs, la société Casino informe le réseau Spar de sa politique commerciale (promotion, politique tarifaire), permettant à celui-ci de s'y associer ; qu'en définitive il ressort des éléments ci-dessus que les référencements et achats en commun ayant pour effet d'augmenter significativement le pouvoir de négociation de la société Casino, la puissance d'achat de celle-ci doit être appréciée sur la base des achats effectués pour le compte de l'ensemble des distributeurs associés et affiliés à la centrale ; »*.

LE REFERENCEMENT

ainsi formées, qui sont à l'origine des groupements d'achat, s'en ressentiront logiquement dans leur fonctionnement. Certains auteurs ont pu, par exemple, souligner que cette structure se révèle, par essence, inégalitaire ; la politique interne menée par la centrale d'achat étant nécessairement celle du groupement et avantageant ses membres, tandis que les adhérents ne peuvent réellement peser dans le choix de la politique commerciale.²³

- Au titre des similitudes, on peut également noter qu'une centrale d'achat conclut nécessairement intuitu personae les contrats qualifiés alors "d'affiliation" avec ses adhérents.²⁴ La situation n'est donc pas très éloignée de celle d'un agrément, à la différence que celui-ci ne provient pas des distributeurs membres d'un groupement ayant destins liés, mais des instances dirigeantes d'un organisme d'intégration dont la pérennité ou, du moins, le bon fonctionnement, dépend du profil de ses affiliés.²⁵ On peut donc penser que, l'objectif commercial d'une négociation avec les fournisseurs étant le même, une centrale d'achat comme un groupement doivent, de fait, sélectionner leurs primo adhérents ou ceux issus de la cession du contrat d'affiliation initial avec les mêmes critères.²⁶

- On retrouvera ces convergences dans l'observation des moyens mis en

²² Cf. **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 405 n° 807 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991 p 27 n° 40.

²³ Cf. **M. SORIA** <<Centrales et groupements d'achat>> Dalloz rep. Com. V 1987 p 2 n° 20 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 28 n° 41 ; **MM FABRE et SALES** <<Les regroupements à l'achat>> précité n° 9.

Cf. également, pour un exemple jurisprudentiel : **Cour de Cassation Chambre commerciale du 18 mars 1997**, décision dans laquelle les juges condamnent une pratique d'un groupement à l'achat consistant à garder pour ses membres une part des ristournes au détriment d'une société tierce qui s'était approvisionnée par son intermédiaire. (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

²⁴ Cet intuitu personae est patent quand on analyse les conditions de cession de tels contrats entre distributeurs. **Mme M-E ANDRE** constate ainsi qu'elles nécessitent normalement une triple acceptation : "*du cédant premier distributeur au cessionnaire deuxième distributeur au cédé la centrale d'achat*". <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 77 n° 145 et suivants.

Voir, pour un exemple concret : **Décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010** relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle " *S'agissant des magasins Mr Bricolage et Catena/Super Catena, les contrats intitulés « Charte de l'adhérent à l'enseigne Mr Bricolage », d'une durée de [...], imposent aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Mr Bricolage en matière de communication publicitaire, une exclusivité d'approvisionnement à hauteur de [> 50 %] de leurs achats (>80 %) pour les produits développés en marque de distributeur et leur interdit de modifier leur point de vente sans l'accord de la tête de réseau. Les contrats contiennent également des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit de Mr Bricolage en cas de cession de leur magasin.* ".

²⁵ Cf. Pour un exemple concret : Article 2 des conditions d'adhésion à CRIC CENTRALE DE REFERENCEMENT ET D'INFORMATIONS COMMERCIALES BP 30713 - 03000 AVERMES - "*La qualité d'Adhérent CRIC est réservée aux magasins de détail distribuant des produits relevant du domaine des produits du fournisseur rappelés en préambule et ayant acquitté à la société DESAMAIS DISTRIBUTION une cotisation d'enseigne EUREKA MA MAISON ou une cotisation pour tarif préférentiel. Le gérant de CRIC décide souverainement de l'agrément des candidats à l'adhésion après étude financière...*" (Annexe 1). Dans le même sens : Clause G de la convention d'adhésion à la centrale d'achat GROUPE LUZ. SAS GROUPE LUZ, 6 Rue de L'ABBE GROULT, 75015 PARIS. "*La Centrale s'engageant en matière de règlement pour ses adhérents auprès des fournisseurs référencés, elle se réserve la possibilité de refuser une demande d'adhésion.*" (Annexe 1).

²⁶ Cf. Supra n° 20 l'opinion de **M. Didier FERRIER**.

oeuvre pour assurer la cohésion des regroupements, moyens qui sont indispensables à la négociation avec les fournisseurs, autant pour les groupements que pour les centrales. Cette cohésion suppose, en effet, une certaine discipline à l'intérieur de la structure d'intégration à l'achat. Elle se traduira, pour les groupements d'achat, dans le règlement intérieur assurant le respect des obligations statutaires et, éventuellement, du contrat d'approvisionnement souscrit par ses membres.²⁷ Elle se traduira, pour les centrales, par l'insertion dans le contrat qui la lie à ses adhérents, d'un certain nombre de clauses prévoyant des sanctions en cas de non-respect de ses dispositions.²⁸ Cette cohésion suppose, également, une certaine pérennité du regroupement, qui s'exprimera soit dans les statuts, pour un groupement d'achat, soit dans les clauses du contrat d'affiliation, pour une centrale, par des dispositions limitant la mobilité de leurs membres.²⁹

9. Ces considérations nous conduisent à notre deuxième précision terminologique.

²⁷ Voir, pour un exemple jurisprudentiel : **Cour de Cassation, Chambre commerciale, 17 juillet 2001** n°98-17738 BOULIAC distribution contre SCASO (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr). Concernant l'expulsion par un groupement d'achat du groupe Leclerc, d'un de ses membres, en application de la clause pénale incluse dans les statuts. (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; Dans le même sens : **Cour de Cassation, Chambre commerciale, 22 février 2000** Bulletin 2000 IV N° 35 p. 29. Voir également, pour une exclusion des conditions d'achat bénéficiant au regroupement : **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 26 octobre 2010** La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 1, 13 Janvier 2011, 1001, Commentaire M. Pierre J.M MOUSSERON. JCP G 2010, 1211 même auteur.

²⁸ Voir, dans ce sens : **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 81 n° 160 (pour le respect d'une clause d'agrément). Pour un exemple jurisprudentiel : Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 14 mars 2000** société Arco contre Société Soreau (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; Voir également, **Conseil de la Concurrence : décision n° 00-D-10 du 11 avril 2000** relative à des pratiques mises en oeuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale, concernant un mécanisme de bonus/malus dans la redistribution des ristournes, destiné à inciter les franchisés à ne recourir qu'aux fournisseurs référencés.

²⁹ Cf. pour un groupement d'achat : **Cour d'Appel de Paris 2 octobre 2008** n° 06/15290 : "...*Qu'en effet, le choix des adhérents de l'enseigne Leclerc est de fonctionner dans un système coopératif, d'une part, et qu'un coopérateur n'est pas un associé qui apporte un capital mais qui prend l'engagement d'apporter son activité à la coopérative, d'autre part ; que, certes, chaque associé peut se retirer d'une société à capital variable sous réserve de conventions contraires mais qu'aussi les statuts d'une coopérative peuvent prévoir une durée d'adhésion obligatoire pour les coopérateurs, ce qui est le cas en l'espèce ; que, par ailleurs, l'exclusivisme coopératif interdit à la coopérative de travailler avec des tiers non coopérateurs, ce qui implique que le départ d'un coopérateur affaiblit la capacité de la coopérative, et laisse aux autres coopérateurs la quote-part des charges et du financement des investissements que le coopérateur attrayant ou exclu n'assumera plus, et dont il a bénéficié ; considérant qu'il apparaît dès lors normal et légitime que, pour assurer la pérennité de leurs entreprises, les opérateurs du système coopératif mettent en place des mécanismes compensatoires, à savoir que le coopérateur qui se retire doit compenser les conséquences de son départ prématuré et préserver ainsi les autres coopérateurs des conséquences de ce départ ;*".

Cf. Pour une centrale d'achat : Lettre de la Distribution juin 2011 <<Distribution alimentaire : une loi en perspective ?>> "*Les contrats issus d'une relation d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire ont fait l'objet d'un examen par l'Autorité de la Concurrence et ont donné lieu à un avis n°10-A.26 du 7 décembre 2010. Un projet de loi vient s'inscrire dans la continuité de cet avis et a fait l'objet d'une très large diffusion (Ass. Nat. 1er Juin 2011). L'autorité de la concurrence avait noté qu'il existe de nombreuses pratiques visant à restreindre la possibilité pour un affilié de changer d'enseigne et avait recommandé de réduire à 5 ans la durée maximale des contrats, de limiter la durée des clauses de non réaffiliation et de non-concurrence... il avait été pointé du doigt l'existence de pratiques visant à « enfermer » un partenaire dans une relation d'affaires par une succession de contrats dont la durée « s'imbriquait » l'un dans l'autre...*".

Il vaut mieux, pour éviter un amalgame entre deux contrats n'ayant ni exactement la même finalité, ni le même contenu, distinguer à l'instar de Mme M.E André : le **"contrat d'affiliation"**, qui fixe l'ensemble des règles et conditions devant régir les rapports entre centrales d'achat et adhérents, et le **"contrat de groupement"**, applicable à la relation entre un groupement d'achat et ses membres, dont l'objectif est essentiellement l'approvisionnement. Même si cet auteur a finalement renoncé à différencier nettement ces deux relations, nous essaierons, pour notre part, de conserver cette distinction tout au long de notre travail.³⁰ De la même façon, si **"groupements d'achat"** et **"centrales d'achat"** peuvent, l'un et l'autre, être qualifiés de **"regroupement à l'achat"** et seront ainsi indifféremment appelés par une partie de la doctrine et la jurisprudence, il nous apparaît important, pour la qualité des raisonnements, de nous en tenir à une stricte terminologie entre ces deux formes de structuration de la puissance d'achat. Il nous apparaît important, également, d'affiner cette terminologie en distinguant de ces entités celle qui formalise, au sens étymologique, le regroupement des distributeurs. On parlera donc, de **"l'organe d'intégration à l'achat"** ou de **"la structure de regroupement"** pour qualifier cette entité, s'agissant indifféremment d'une centrale ou d'un groupement d'achat. Les termes génériques de **"regroupement à l'achat"** ou **"d'intégration à l'achat"** restant pour qualifier le phénomène pris dans son ensemble. En revanche, la différence largement pratiquée entre **"centrales d'achat"** et **"centrales de référencement"**,³¹ pour intéressante qu'elle soit en ce qu'elle distingue explicitement les centrales pratiquant le référencement des autres, présente néanmoins l'inconvénient de ne pas avoir cette même précision pour les divers modes d'approvisionnement possibles utilisés en ce qui concerne les centrales dites "d'achat" : **"achat/vente"**, **"contrat de commission"** ou de **"mandat"**, par exemple. Par ailleurs, s'agissant même des "centrales de référencement", nous verrons que le fonctionnement de telles entités est rarement monolithique et que, souvent, elles pratiquent concurremment plusieurs techniques d'approvisionnement ; ce qui fait apparaître cette dénomination comme étant un peu réductrice. Pour ces différentes raisons, cette distinction supplémentaire nous semble plus être une source potentielle de confusions que de précisions pour cette étude, et à ce titre, nous préférons ne pas

³⁰ Mme M-E ANDRE <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 23 n° 35 ; p 67 n° 120.

³¹ Voir en ce sens : **Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, Avis n° 04-02** relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L.442-6 du Code de commerce ; **Conseil de la Concurrence, Décision n° 04-D-13 du 8 avril 2004** relative à des pratiques mises en oeuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée ; **Cour d'Appel de Lyon 7 mai 2008** ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 3 janvier 1995** (Bulletin 1995 IV N° 5 p. 5) ; **Maître Martin le Pechon** : <<Centrale ou groupement d'achat: les bons choix juridiques>> Artisans Mag' N°43 - 01/06/2007 ; **Edouard Leclerc** : De quoi je me MEL" Tribune Internet du 2 Février 2006 Actualités / Débats (Distrib.) , Actualités / Débats (Eco) , Distribution.

l'employer.

10. Parallèlement, il convient de noter que, si la doctrine s'accorde pour opérer la distinction entre ces deux modes principaux de regroupement à l'achat, ce n'en sont pas les uniques formes juridiques existantes, dans la mesure où la pratique commerciale a vu s'en développer d'autres moins organisées.

Ainsi MOUSSERON ³² et MM. FABRE et SALES ³³ relèvent l'existence de simples groupes de pression pouvant prendre la forme de sociétés créées de fait ou de sociétés en participation. De la même façon, M. FERRIER a noté la condamnation, par la jurisprudence, de pressions exercées sur des fournisseurs par un syndicat de commerçants, cette structure apparaissant pourtant peu adaptée.³⁴ En revanche, cette qualité ne semble pas pouvoir être reconnue à une collectivité locale.³⁵ La question peut, encore, se poser concernant une personne physique.³⁶ Plus généralement, la forme du regroupement sera celle d'une des organisations de personnes morales prévues par la loi et son choix sera, dans les faits, conditionné par des impératifs juridiques et économiques. Néanmoins, ce problème, pour intéressant qu'il soit, n'étant pas notre sujet, nous nous contenterons de renvoyer aux ouvrages et articles qui en traitent.³⁷

11. Au regard du contexte dans lequel baigne le référencement, que nous venons de brièvement rappeler, la problématique de notre étude peut se résumer en une suite de questions simples inspirées par un processus de raisonnement logique, mais aux multiples ramifications.

³² MOUSSERON, BURST, N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE <<Droit de la distribution>> 1975 p 102 n° 8.

³³ MM FABRE et SALES: Regroupements à l'achat : structures juridiques Jurisclasseur Contrat-distribution fasc. 1120 n° 5.

³⁴ M.Didier FERRIER <<Droit de la Distribution>> Litec 3^{ème} édition 2002 p 439 n°95.

³⁵ Cf. **Ministère de l'économie et de l'emploi**, réponse à une question du 2 juin 2006 n°45926 de Mme ZIMMERMANN députée : "*La mise en concurrence d'entreprises et leur sélection, afin de permettre à des tiers de contracter, constituent une activité qui ne pourra relever de la compétence, d'une commune que si un texte lui a expressément conféré cette compétence ou que si cette activité présente un intérêt communal. Concernant le champ de la compétence spécifique des communes, l'élargissement successif de leur domaine dans l'action économique ne leur permet cependant pas d'agir aujourd'hui en tant que centrale de référencement.*".

³⁶ Voir infra n° 54. la discussion sur les rapports entre référencement et contrat d'agence commerciale et certaines décisions ambiguës : Arrêt de la **Cour de Cassation du 3 avril 1990** rendu entre Melle Evelyne CALOU agent commercial et la SA Grandes minoteries à fèves de France "*L'arrêt attaqué a constaté que c'est grâce à ses relations personnelles que Mademoiselle CALOU avait fait bénéficier la GMF de son référencement chez UICO à qui elle vendait les produits GMF en percevant régulièrement ses commissions sur les affaires réalisées...*".

³⁷ M.SORIA <<Etude juridique et fiscale des centrales d'achat>> thèse Paris 1962 ; MM. FABRE et SALES: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984, précité ; Mme M-E ANDRE : <<Les contrats de la grande distribution>> précité 1991 ; **Maître Martin le Péchon** Artisans Mag' N°43 - 01/06/2007 ;

LE REFERENCEMENT

- Si l'on prend, comme point de départ de notre réflexion, le postulat avéré selon lequel le référencement est une création de la pratique commerciale et, singulièrement, de la grande distribution :

- Puisqu'il s'agit d'une création, on peut d'abord se demander pourquoi, alors qu'existaient déjà de nombreux modes d'approvisionnement, la grande distribution a généré, puis favorisé, l'émergence du référencement.

Répondre à cette question, suppose que soit préalablement décrite cette relation, expliquée sa genèse et menée son étude comparative avec les autres modes d'approvisionnement existants, processus seul à même de déterminer précisément en quoi réside son intérêt.

- Puisqu'il s'agit d'une création, on peut ensuite se demander en quoi réside sa différence, justifiant qu'elle soit singularisée par la doctrine et la jurisprudence.

C'est de nouveau par une comparaison avec les autres modes d'approvisionnement que pourra être menée cette analyse, relative cette fois à leurs caractères juridiques respectifs.

- Puisqu'il s'agit d'une création, on doit enfin se demander comment s'est faite la prise en compte du référencement dans le droit positif.

Répondre à cette question suppose, là aussi, que soient préalablement analysées les difficultés et divergences, tant doctrinales que jurisprudentielles, dans l'appréhension de ce concept et la solution qui en a résulté.

- Si l'on prend, comme seconde base à notre réflexion, l'autre postulat avéré selon lequel le référencement n'est pas neutre au regard de l'ordre public économique :

- Puisque le référencement n'est pas neutre au regard de l'ordre public économique on peut, d'abord, se demander en quoi sa nature juridique, seul objet de notre analyse, est susceptible de lui porter atteinte ?

Cette question pose le problème de la validité intrinsèque du référencement au regard de l'ordre public économique.

- Puisque le référencement n'est pas neutre au regard de l'ordre public économique on peut, ensuite, se demander si notre analyse de sa nature juridique peut faire abstraction de l'application de cet ordre public.

Répondre à cette question suppose d'avoir la certitude préalable que, l'application

de cet ordre public économique au référencement, sera sans incidence sur son fonctionnement et, donc, de connaître les conditions de cette application. Cela suppose de mesurer chacune des obligations issues du référencement à l'aune des dispositions de l'ordre public.

- Puisque le référencement n'est pas neutre au regard de l'ordre public économique on peut, enfin, se demander si sa mise en œuvre n'aurait pas d'incidence sur le régime juridique de ce référencement, objet de notre analyse.

Répondre à cette question suppose, cette fois, de mesurer la capacité des solutions doctrinales et jurisprudentielles, proposées pour le référencement, à s'adapter aux impératifs de l'ordre public économique.

12. Le véritable objectif de notre thèse ne se résume pas, néanmoins, à la problématique que nous venons d'exposer, mais découle de ce qu'elle révèle.

En effet, après avoir répondu à toutes les questions induites par notre sujet, on pourrait penser, légitimement, avoir convenablement traité notre thème d'étude ; cependant, en suivant cette dialectique inspirée par la simple logique juridique, au lieu d'aboutir à cerner l'objet de notre travail, nous sommes parvenus à une impasse, à savoir le constat de l'impossibilité d'appréhender de manière satisfaisante, tous les aspects, toutes les implications du référencement, dans le droit positif. C'est la raison pour laquelle la finalité réelle de ce travail consiste en la démonstration de cette impossibilité et la tentative de la dépasser par une nouvelle proposition.

13. Compte tenu de l'approche que nous avons utilisée et de son résultat, cette étude s'articule naturellement en deux phases : d'abord une refonte de l'analyse contractuelle du concept de référencement, sur la base de laquelle sera menée, ensuite, sa confrontation à l'ordre public économique dont il conviendra de tirer toutes les conséquences.

Nous distinguerons donc :

- Partie 1 : Le référencement : un exemple remarquable du pouvoir normatif de la pratique commerciale.

Cette première partie concernera l'analyse contractuelle du référencement dans laquelle cette relation se découvre comme étant hors norme, par sa diversité et sa complexité, révélatrice d'une volonté du monde commercial de s'affranchir des contraintes du droit. Nous verrons comment le droit s'est, néanmoins, peu à peu emparé de cette pratique commerciale pour la réglementer et comment il l'a intégré dans le corpus des normes existantes. Nous distinguerons, ensuite :

- Partie 2 : Le référencement : une illustration de l'influence de l'ordre public économique en droit des contrats.

Dans cette seconde partie, nous nous pencherons plus précisément sur les effets de la confrontation entre le droit et cette pratique commerciale, caractéristique de la volonté de réguler les dérives qu'une économie libre peut générer, par l'impact de l'ordre public économique sur les comportements contractuels, par delà les comportements économiques. Nous chercherons, ainsi, à démontrer l'incidence de l'ordre public économique sur l'analyse du référencement et les conclusions qu'il impose quant à son régime juridique. Nous développerons le constat, qui nous semble fondamental, de l'incapacité des formules contractuelles classiques à prendre la mesure de cette relation et livrerons ce qui nous semble en être une approche possible, au regard de ce que nous aurons étudié.

PARTIE 1

Le référencement : un exemple remarquable du pouvoir normatif de la pratique commerciale

Introduction :

14. Produit de l'intégration à l'achat, le référencement a longtemps été présenté par ses inventeurs et utilisateurs comme un simple fait juridique ; l'intérêt de cette qualification étant, bien entendu, comme beaucoup de pratiques commerciales, de s'affranchir le plus possible des règles étatiques au profit du seul jeu des forces économiques.

On sait que la réponse du droit, à cette tendance, a toujours été de s'approprier ces inventions en les intégrant au corpus des règles existantes, après en avoir délimité le fonctionnement et interdit les excès. Le référencement ne fait pas exception à ce principe. C'est donc, naturellement, que le droit positif s'en est emparé, et qu'il tente, depuis les années 80, d'en maîtriser les applications. Les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence sur ce problème en font, néanmoins, un exemple particulier de l'apport normatif de la pratique commerciale, qui justifie cette thèse. S'agissant d'une invention de la pratique commerciale qu'il convient d'incorporer dans le droit positif, le commencement logique de son étude consiste en un état descriptif et en un retour au contexte ayant prévalu à sa création, afin de répondre à la question fondamentale relative à sa qualité d'acte ou de fait juridique.

Ces problèmes essentiels forment l'objet de notre premier titre.

Cette même logique nous conduit à nous interroger sur la qualification du référencement et sur son intégration dans le corpus juridique des autres modes d'approvisionnement existants. Il convient de voir ce qui le distingue et justifie, ou ne justifie pas, son analyse en une véritable création juridique de la pratique commerciale.

Ces questions feront l'objet de notre deuxième titre.

Arrivés ainsi à la fin de notre première partie nous devrions, alors, avoir pris la mesure de la complexité et de la nouveauté de cette création juridique expliquant, d'après nous, outre la rapidité de son émergence dans notre droit, sa qualification d'exemple remarquable du pouvoir normatif de la pratique commerciale.

TITRE I : L'inévitable contractualisation d'un processus économique

Introduction :

15. Le monde de la grande distribution étant un environnement hautement concurrentiel et qui tend à se durcir avec la mondialisation du commerce, le renforcement de la puissance d'achat en constitue la réponse naturelle de la part des distributeurs.³⁸

Ce mouvement a d'ailleurs été encouragé longtemps par le législateur, même s'il essaie, à présent, d'en réprimer les excès. C'est le cas notamment à l'égard des petits détaillants que, paradoxalement, il incite eux-mêmes à se regrouper.³⁹ Les conditions de ce renforcement peuvent alors constituer un élément important dans la détermination de la structure d'intégration à l'achat la plus adaptée, entre centrale d'achat et groupement et entre telle ou telle entité prévue par la loi. Les conditions de ce renforcement constituent, de la même façon, un élément important dans le choix des techniques contractuelles employées pour y parvenir. En effet, ces techniques seront plus ou moins contraignantes ou lourdes d'utilisation et, de ce fait, pas nécessairement adaptées au contexte concurrentiel où doivent évoluer les regroupements à l'achat. Si l'on considère la relative nouveauté du référencement et son essor comme technique d'approvisionnement utilisée dans la grande distribution, on en déduit, logiquement, que cette relation doit

³⁸ Voir, concernant les fondements économiques du renforcement de la puissance d'achat : **Le 4 pages des Statistiques industrielles** <<Les relations entre producteurs et distributeurs de biens de grande consommation >> n° 75 de mai 1997 "...*Un autre moyen d'accroître son pouvoir dans une relation de concurrence verticale est d'accroître la pression concurrentielle que rencontre horizontalement le concurrent sur son propre marché. Ainsi, toutes choses égales par ailleurs, tout accroissement de la concurrence entre les distributeurs réduit la capacité de négociation de ces derniers avec les producteurs. Il réduit également la fidélité du consommateur aux enseignes, ce qui a le même effet. De son côté, le distributeur peut atteindre le même objectif en cherchant à accroître sa puissance d'achat. Cette stratégie accroît naturellement la concurrence « horizontale » entre ses fournisseurs. Mais il peut également chercher à fidéliser les consommateurs et à faire de son enseigne un point de passage obligé. L'accroissement de l'offre des services de distribution est là encore le principal instrument répondant à cet objectif...*".

Voir également **Conseil de la Concurrence Avis n° 98-A-06 du 5 mai 1998** relatif à l'acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA (enseignes Franprix-Leader Price).

³⁹ Voir, **loi du 11 juillet 1972** sur le regroupement des petits commerçants détaillants. Cet objectif d'une augmentation de la puissance économique peut se déceler dans une modification contenue dans la **loi de réforme du 13 juillet 1992** en son article 22, concernant l'article 8 de la **loi du 11 juillet 1972** et permettant que les sociétés coopératives de commerçants détaillants soient "associées", dans les termes de l'article 3 bis de la **loi du 10 septembre 1947**, à une autre coopérative. Ce dont la conséquence directe, expressément soulignée par l'article 8 nouveau in fine, serait qu'elles pourraient bénéficier des services de la société coopérative dont elles seraient l'associée. Le but de ces dispositions étant alors de permettre la constitution de participations croisées, permettant la constitution de réseaux de coopératives.

LE REFERENCEMENT

nécessairement présenter un avantage par rapport aux techniques déjà connues et utilisées. Cette logique nous conduit, donc, à poser notre réflexion d'abord en terme de finalité du référencement en comparaison avec les autres modes d'approvisionnement existant, ce qui fera l'objet de notre premier chapitre. Il conviendra, ensuite, d'en observer la prise en compte dans le droit positif (chapitre 2). Nous constaterons, alors, au travers de ces deux premières approches du phénomène du référencement, l'exemple typique de l'émergence d'un processus fonctionnel initié par un secteur économique, visant à s'affranchir de ses contraintes de développement et qui, selon un rituel maintes fois répété dans l'histoire juridique, se voit progressivement rattrapé et régi par le droit.

Chapitre I : L'expression d'un besoin de la pratique commerciale

Introduction :

16. Le monde de la distribution commerciale n'est pas figé. Bien au contraire, comme le reste des secteurs économiques, il évolue en fonction des besoins stratégiques et des opportunités.

En cela, une étude approfondie n'est pas nécessaire pour constater une corrélation entre l'évolution de l'environnement économique de la grande distribution, liée à l'augmentation de la concurrence avec l'ouverture du commerce mondial, et l'évolution, tant structurelle que contractuelle, de l'environnement juridique de ce même secteur commercial. Vers quoi tend cette évolution ? L'observation du commerce et de la grande distribution de ces vingt dernières années est sans équivoque : cette évolution tend vers une concurrence accrue qui s'exerce maintenant, le plus souvent, à un niveau mondial. Dans le cadre de cette évolution, prétendre que le référencement est l'expression d'un besoin de la pratique commerciale est simplement une question d'évidence, née de l'observation de l'importance que ce mode d'approvisionnement a prise dans la grande distribution. Le démontrer, c'est-à-dire déterminer en quoi le référencement représente une solution aux besoins de la pratique commerciale, est une question plus délicate. Elle suppose que soient, au préalable, qualifiés précisément ces besoins. Elle suppose, ensuite, que soit analysé en quoi le référencement y répond.

Nous verrons que cette relation constitue, de toute évidence, une évolution destinée à s'affranchir des contraintes, tant juridiques, qu'économiques (Section 1). Nous verrons, également, qu'elle ne constitue pas un cas à part et que la pratique commerciale de la grande distribution modèle, nécessairement, la nature juridique des contrats qu'elle utilise (Section 2).

Section I : Un facteur économique déterminant l'évolution des formules d'approvisionnement

Introduction

17. Les besoins de la pratique commerciale dans le commerce mondialisé, qui est à présent le nôtre, sont assez facilement discernables ; ils découlent de l'environnement hyperconcurrentiel qui le caractérise et sont orientés vers une recherche optimale de profit.

On y trouve, pêle-mêle, des besoins historiquement propres à toutes les opérations commerciales, comme la liberté et la sécurité, mais aussi des besoins plus actuels liés à l'ouverture de la concurrence mondiale, tels que de la rapidité dans les transactions afin de se montrer réactif tant en matière d'offre que de demande, la souplesse et la simplicité. Ces besoins sont, parfois, contradictoires. Il est évident, par exemple, que la rapidité, la souplesse et la simplicité des transactions sont autant d'éléments qui entament généralement leur sécurité. De la même façon, la liberté des transactions peut entraîner une distorsion manifeste entre les opérateurs, de telle sorte qu'il ne s'agira trop souvent que d'une liberté à sens unique. Ces contradictions forment toute la problématique d'un ordre public économique et, particulièrement, de celui applicable à la grande distribution. Déterminer en quoi le référencement constitue une réponse adaptée de la pratique commerciale à ces besoins suppose, de le replacer dans cette problématique. C'est ce qu'il convient à présent de voir, tant à travers l'évolution des techniques d'approvisionnement de la grande distribution (§1), qu'au regard du choix des techniques d'approvisionnement employées (§2).

§1) Le progressif abandon des formules lourdes d'approvisionnement

18. On retrouve une expression des besoins de la pratique commerciale de la grande distribution dans l'évolution des modes d'approvisionnement.

C'est, en effet, de l'observation de cette évolution que l'on peut déduire que la souplesse de fonctionnement se révèle un besoin prioritaire de ce secteur d'activité. Ce besoin de souplesse transparait, d'abord, dans les modifications observables du fonctionnement des regroupements à l'achat, privilégiant cet objectif au détriment des modes de fonctionnement garants d'autres priorités commerciales telles que la sécurité des transactions, par exemple. C'est ainsi que l'on constate l'abandon progressif, sauf cas particuliers ou niches économiques, d'un certain nombre de formules d'approvisionnement présentant l'inconvénient d'une certaine lourdeur économique et/ou juridique. C'est ainsi, qu'à l'inverse, on voit privilégier telle autre formule plus souple, ce qui n'est pas sans incidence, parfois, sur la structure juridique du regroupement à l'achat lui-même. Ce mouvement s'est accentué avec l'apparition du référencement, mais ce n'est que l'aboutissement d'un processus qui a vu, d'abord, privilégier les formules contractuelles (A), et dans celles-ci, privilégier les contrats de représentation (B).

A) Une évolution logique au profit des formules contractuelles

19. Si la question du mode d'approvisionnement existant entre une centrale d'achat et ses membres n'a pas de raison d'être, puisque celui-ci ne peut être que de nature contractuelle et que son existence est la base même d'un regroupement sous cette forme, il n'en est pas de même d'un groupement d'achat.

Cette structure connaît, déjà, des liens de droit entre ses membres, propres à sa personnalité morale, qui peuvent suffire, indépendamment de tous rapports contractuels, à organiser leur approvisionnement. Ces différences justifient que ces deux aspects soient abordés de manière distincte.

1) Une formule sociétaire propre aux groupements d'achat

20. Si l'on raisonne en terme de groupements d'achat, excepté l'éventualité d'associations à but philanthropique, il existe deux objectifs légalement admissibles pour leur création : le premier est la réalisation de bénéfices, le second est la réalisation d'une économie.

Sur les formes que peut prendre un groupement d'achat, force est de constater qu'il n'y a pas a priori d'incompatibilité. Ils pourront donc, indifféremment, se constituer sous forme d'associations, de sociétés, ou de GIE.⁴⁰ La répartition de bénéfices, pour les groupements d'achat dans lesquels ce principe est admis, supposera l'existence d'un bénéfice distribuable, dont la détermination variera selon la personne morale concernée, et une opération matérielle de répartition, dont les modalités varieront également. Concernant, en revanche, l'objectif classique d'un groupement d'achat, qu'est la réalisation d'économies, ce mode de répartition est inopérant. En effet, les économies ne peuvent, comme des bénéfices, être, au sens propre, distribuées. Leur répartition résultera donc, nécessairement, comme a pu l'exposer M.GUYON pour les sociétés commerciales, mais que l'on peut élargir aux autres personnes morales poursuivant le même but : "*de la réduction des frais généraux résultant de la prise en charge par la société de certaines activités.*"⁴¹ Il s'agit donc de prestations assurées par la personne morale, dont profiteront ses membres sans que ces prestations leur soient facturées. Cela supposera des appels de cotisations, spécialement prévus par la loi au titre du fonctionnement d'une association, ou découlant de l'obligation de participation aux pertes, dans le cadre de sociétés ou de GIE. Comme le note M. GUYON au sujet des sociétés commerciales, mais que l'on peut de nouveau étendre aux autres personnes morales concernées : "*La participation aux pertes a un caractère normal lorsque la société est constituée en vue de réaliser des économies. En effet, la mise en commun de moyens entraîne des frais, il faut payer le personnel, entretenir le matériel etc. Les associés versent donc une cotisation qui permet à la société d'accomplir sa mission. Divers procédés de fixation du montant de cette cotisation*

⁴⁰ Cette formulation de principe comporte une exception d'importance. En effet, le seul intérêt parce que la seule possibilité d'utilisation de la forme associative pour un groupement sera qu'elle corresponde à une recherche d'économie et non à la recherche de profits pour ses membres, en vertu de l'article 1er de la loi de 1901, faute de quoi une telle association serait nulle au regard de l'article 3 de cette même loi. Comme nous l'avons déjà exprimé, cet objectif semble bien en priorité être celui recherché par une telle structure d'intégration à l'achat. Cf. Supra n° 5 et suivant.

⁴¹ **M. YVES GUYON** <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 123 n° 118 "*Lorsque la société se limite à permettre de réaliser des économies, la question de la détermination des droits individuels des associés ne se pose pas. Chacun profite automatiquement de la réduction des ses frais généraux résultant de la prise en charge par la société de certaines activités.*"

sont concevables : cotisation égale pour tous, cotisation proportionnelle au montant des apports, cotisation proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé avec la société etc..".⁴² Ce qui distingue cette pratique, c'est qu'elle résulte de l'existence même de la personne morale et non d'un contrat, fût-il tacite, passé avec ses membres. Les cotisations doivent s'analyser comme une "*contribution normale aux frais de fonctionnement de la personne morale par ses membres*". Ce type de groupements, que l'on appelle parfois "groupements de dépenses" aurait alors intérêt à se constituer sous forme de GIE ou de sociétés de personnes, en raison de la possibilité qu'offrent ces structures de faire remonter leurs pertes dans le résultat des entreprises participantes. On constate donc, pour ces groupements, la possible coexistence de deux formules permettant l'approvisionnement, contrairement aux centrales d'achats qui ne connaissent que la formule contractuelle. L'approvisionnement peut être organisé par un contrat passé entre la structure d'intégration à l'achat et ses membres ou résulter d'une simple application de ses statuts ou/et de son règlement intérieur.⁴³ En l'espèce, la pratique de la grande distribution semble avoir choisi majoritairement le mode contractuel. Ce choix de la formule contractuelle d'approvisionnement peut, fort bien, s'expliquer par sa souplesse, face aux lourdeurs de la formule précédente. En effet, elle n'entraîne pas de décisions collectives pour sa réalisation, mais seulement des rapports bilatéraux entre le regroupement et chacun de ses membres. Elle est, sans aucun doute, la plus adaptée pour les groupements d'importance. Les formules contractuelles d'approvisionnement sont donc, logiquement, les plus utilisées, dans la mesure où, indépendamment même de leur intérêt intrinsèque, leur polyvalence d'usage, aussi bien pour les groupements d'achat que pour les centrales d'achat, en font, mathématiquement, le régime de droit commun ; la formule sociétaire étant l'exception.

2) Une formule contractuelle commune aux regroupements à l'achat

21. Bien que les groupements d'achat et les centrales d'achat puissent et d'ailleurs fassent, en pratique, utilisation des mêmes procédés d'approvisionnement, cela ne signifie pas nécessairement une identité de régime entre ces derniers.

⁴² **M. YVES GUYON** <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 129 n° 123.

⁴³ Voir néanmoins, concernant les sociétés coopératives, la discussion supra p 56 dans le titre : **§1) Le "particularisme" de la formule d'achat/vente.**

LE REFERENCEMENT

La forme que peut prendre une centrale d'achat, au regard des différents impératifs de l'ordre public économique et de ses impératifs de fonctionnement, pose déjà quelques problèmes. Car si aucun obstacle ne vient s'opposer à sa constitution sous forme de société, il n'en est pas de même concernant les autres personnes morales envisageables.

- Ainsi, l'association apparaît-elle impropre à servir de support juridique à la création d'une centrale d'achat.

En effet, son objet, précisé par l'article 1^{er} de la loi de 1901, qui est de faire profiter ses membres de son activité, semble peu compatible, avec celui d'une centrale, qui est de promouvoir un service d'approvisionnement pour des tiers contre rémunération, objet, par essence, de nature spéculative.

- La compatibilité d'une centrale d'achat avec un GIE peut également poser quelques problèmes.

En effet, concernant ces groupements, l'article 1 alinéa 2 de l'ordonnance de 1967 dispose que "*le but du groupement est de faciliter ou développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité, il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.*". En raison du fonctionnement d'une centrale d'achat, qui est d'établir contractuellement un réseau d'approvisionnement avec des tiers, l'incompatibilité de sa nature avec celle du GIE semble patente. BURST l'avait résumé il y a longtemps déjà : "*le GIE ne peut pas en principe fonctionner avec des tiers comme associés sans sortir du cadre de l'ordonnance puisque dans cette hypothèse, il ne sert plus à développer l'activité économique de ses membres...*".⁴⁴ De fait, même quand elles portent le nom générique de "centrale d'achat", compte tenu de leur fonction d'approvisionnement, ces entités se révèlent, à l'analyse, des groupements d'achat.⁴⁵

22. De la même façon, sur le plan fonctionnel, on peut, d'ores et déjà, relever une différence évidente entre la formule d'approvisionnement d'une centrale avec ses adhérents et la formule d'approvisionnement entre un groupement et ses membres : la première sera d'une durée variable, tandis que la seconde durera, nécessairement, tant que le distributeur restera membre du groupement, sous réserve de l'adoption d'une autre forme d'approvisionnement.

⁴⁴ BURST Jurisclasseur société fasc. 179 n° 20.

⁴⁵ Cf. **Conseil de la Concurrence Décision n° 06-D-37 du 7 décembre 2006** relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes : "*Le contrat du GIE précise que les adhérents exercent de manière indépendante l'activité de détaillant et que sont exclus du groupement les distributeurs de la grande distribution, les grands magasins spécialisés, les franchisés, grossistes, importateurs et constructeurs, la vente par correspondance et plus généralement les magasins utilisant une ou des enseignes multi-sport à obédience nationale ou internationale. Le GIE a une fonction de centrale de référencement ; il est chargé de sélectionner et d'agréer les fournisseurs auprès desquels s'approvisionnent les membres.*".

LE REFERENCEMENT

On peut également remarquer que le contenu des contrats sera sensiblement différent, selon qu'il s'agira d'une centrale ou d'un groupement d'achat.

- Le contrat passé par la centrale avec son adhérent recouvrira nécessairement plusieurs domaines, puisqu'il fixera la totalité et la diversité des rapports réciproques entre la centrale et ses distributeurs affiliés. Cette diversité se traduira par une multitude d'obligations accessoires liées, plus ou moins directement, à l'opération de base d'approvisionnement et, à ce titre, incluses dans le contrat d'affiliation ou faisant l'objet de contrats annexes. En ce qui concerne les obligations relatives à la fonction d'approvisionnement, il peut s'agir : d'une forme d'obligation d'achat, d'une centralisation des paiements, de crédits, d'une organisation et gestion des stocks, d'apports à la politique commerciale, jusqu'à l'adhésion à une enseigne commune.⁴⁶ En ce qui concerne les obligations relatives au fonctionnement du regroupement, il peut s'agir : d'une éventuelle cotisation,⁴⁷ de clauses pénales en cas de manquement ou de rupture du contrat,⁴⁸ voire d'une intégration plus ou moins poussée de la gestion même de l'entreprise.⁴⁸ Quand de

⁴⁶ Cf. **M.Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** <<JurisClasseur Contrats – Distribution 2011 Fasc. 1121 : Regroupements à l'achat. – Relations juridiques – Organisation des relations>> n° 72 *"Le regroupement à l'achat peut avoir une politique d'enseigne et de marque plus ou moins développée. Il peut imposer son enseigne aux candidats affiliés en en faisant la condition sine qua non de l'entrée dans le regroupement. L'adhérent devra mettre ses points de vente à l'enseigne du regroupement à l'achat. Cette politique d'enseigne sera souvent renforcée par une politique de marque de distribution sur les produits : Leclerc, Carrefour, Intermarché pour les détaillants ; Unifrais, C10, Resia, pour les grossistes, appliquent depuis longtemps cette politique vis-à-vis de leurs adhérents."*. Voir, également, développements de **M. Jacques VIGNY** dans << LA DISTRIBUTION Structures et pratiques>> DALLOZ 1994 p 74 et suivantes.

⁴⁷ Voir, dans ce sens : **Arrêt de la Cour d'Appel de Paris 16 janvier 2008** n° 07/14392.

⁴⁸ Voir, sur ces questions : **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 411 n° 819 et suivants ; **MME M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 86 n° 174 ; **M.SORIA** : << Centrales et groupements d'achat>> Dalloz rep com V 1987 p 388 n° 746.

Voir, pour un exemple d'intégration poussée : Le groupe M.Bricolage " *Le groupe Mr Bricolage a développé deux enseignes dans le cadre de son activité : l'enseigne Mr Bricolage dans les villes moyennes et l'enseigne Catena ou Super Catena, Catena étant utilisée pour les magasins disposant d'une surface commerciale comprise entre 300 et 1000 m2, Super Catena pour des magasins disposant d'une surface commerciale comprise entre 1000 et 2000 m2. Le réseau Mr Bricolage comporte 74 magasins détenus en propre et 347 magasins exploités par des adhérents (dont 298 en France). S'agissant du réseau Catena/Super Catena, celui-ci comprend 69 magasins Catena et 37 magasins Super Catena, exploités exclusivement par des adhérents. " ... " Les magasins Le Club sous enseigne « Les Briconautes » sont exploités par des adhérents, dans le cadre de contrats d'adhésion d'un an renouvelables tacitement. Ces adhérents se sont engagés à utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, participer à [...] opérations promotionnelles par an, durant lesquelles ils doivent mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires, et à référencer [>50 %] des lignes de produits Le Club. De plus, Le Club se réserve la possibilité de fixer des prix maximum et une partie des adhérents est tenue de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du Club en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial. " ... " la politique du Club a évolué vers une intégration plus importante de ses adhérents puisqu'un nouveau contrat, élaboré en 2009 est proposé à ces adhérents, qui prévoit, outre les obligations énoncées ci-dessus, que le point de vente ne pourra pas être modifié ou agrandi sans l'autorisation du Club et que la modification de l'actionariat est une cause de résiliation du contrat si elle n'est pas autorisée par la tête de réseau." **Décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010** relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle (précitée).*

Voir également, le groupe LECLERC : *"Considérant toutefois qu'il résulte également de l'instruction qu'en contrepartie des avantages de clientèle et de prix de revient liés au renom de l'enseigne et aux économies ou ristournes réalisées sur les approvisionnements grâce à un « référencement national » des fournisseurs et à l'utilisation de centrales d'achat à forme coopérative que lui procure l'appartenance au réseau des centres de distribution E. Leclerc, la société Disvalor est tenue de respecter diverses*

telles prestations existent entre une centrale d'achat et ses adhérents, cela peut légitimement conduire certains auteurs à s'interroger sur l'exacte nature des liens juridiques les unissant.⁴⁹

- Le contrat liant un groupement d'achat à ses membres sera nécessairement plus dépouillé, puisque la plupart des obligations réciproques seront fixées de manière préalable par les statuts et le règlement intérieur. En conséquence, le contrat en question sera généralement réduit à son opération de base : l'approvisionnement.

- Une dernière différence pourrait être relevée dans la mesure où, contrairement au "contrat d'affiliation", le contrat liant un groupement d'achat et ses adhérents ne peut pas, normalement, être à but lucratif. En effet, comme nous l'avons dit précédemment, l'objet d'un groupement d'achat est la recherche d'une économie pour ses membres. Cela implique qu'une facturation de ses services à ces derniers, au-delà des sommes nécessaires au bon fonctionnement du groupement d'achat, irait à l'encontre de cet objet.

*obligations contractuelles, notamment de participer à des associations ayant pour but des actions de développement du réseau auquel elle a adhéré ; que la société requérante établit qu'en versant les cotisations à l'association Cefilec, elle a assumé les conséquences de son engagement au sein du « Mouvement Leclerc » et qu'ainsi, elle devait être regardée comme ayant agi dans son propre intérêt financier ; ". **Conseil d'Etat, 8e et 3e ss-sect., 6 mars 2006, n° 281034**, Sté Disvalor : Juris-Data n° 2006-080853 Droit des sociétés n° 7, Juillet 2006, comm. 117 Commentaire par Jean-Luc PIERRE.*

⁴⁹ **M.Gille CASTAN** <<Les contrats de la grande distribution : Critères de distinction entre franchise et affiliation. >> RJDA 7/93 Etudes et doctrine p 514 ; **Mme Martine BEHAR-TOUCHAIS et M.Georges VISSARAMY** <<Les contrats de la Distribution>>. Traité des Contrats sous la direction de **M.Jacques GHESTIN** p 850 n° 1542 et suivants ; **M.Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** <<JurisClasseur Contrats – Distribution 2011 Fasc. 1121 : Regroupements à l'achat – Relations juridiques – Organisation des relations>> n° 82 *"Cet apport de savoir-faire réalisé par le regroupement à l'égard du franchisé transforme la simple relation d'affiliation en contrat de franchise, c'est-à-dire un contrat dans lequel, outre la fourniture, le franchiseur apporte la licence de marque et la communication d'un savoir-faire (V. J.-M. Leloup, La franchise : Delmas, 4e éd.. – V. égal., CA Paris, 5e ch. A, 24 sept. 2008 : JurisData n° 2008-374079 : il n'y a pas lieu d'examiner si le contrat doit être requalifié en contrat d'affiliation et d'enseigne dès lors qu'il reprend les éléments essentiels du contrat de franchise). La multiplication de ces contrats dans la grande distribution permettra au franchiseur intervenant en qualité de centrale d'achat, de constituer un réseau important d'adhérents liés à lui sans pour autant faire les investissements qu'impose le succursalisme."*

Il n'y a, en tous les cas, aucune opposition entre franchise et affiliation, puisque des franchisés sont, naturellement, souvent affiliés à des centrales d'achat internes au regroupement de franchise. **Cf. Conseil de la Concurrence Décision n° 00-D-10 du 11 avril 2000** relative à des pratiques mises en oeuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale : *" La SA Alain Afflelou assure deux fonctions principales auprès des franchisés : celle d'une centrale de référencement de fournisseurs et celle d'une centrale de paiement des achats effectués par les franchisés aux fournisseurs référencés, la SA Alain Afflelou se portant garante de toutes les sommes dues par les franchisés. Les franchisés s'engagent à s'approvisionner exclusivement chez les fournisseurs référencés et à verser à la centrale de paiement toutes les sommes dues aux fournisseurs, ainsi que celles dues au titre de la redevance de franchise et des services de l'agence de publicité du réseau."* Voir également : **Décision du Conseil de la Concurrence n° 99-D-01 du 5 janvier 1999** relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Distri club médical ; **Cour d'Appel de Lyon 7 mai 2008** : *"Le franchiseur négocie directement avec les producteurs et fournisseurs et agit en tant que centrale de référencement et d'achat pour l'ensemble des produits, et ce pour le compte du réseau, dans son intégralité"*. Voir, également, : **Martin LE PECHON** Avocat à la Cour de Paris Spécialiste en droit de la Concurrence et de la distribution <<Créer une centrale d'achat pour renforcer son réseau de franchise>> Cf. martinlepechon@avocat.org.

B) Une préférence marquée pour les formules d'intermédiation

23. L'approvisionnement direct par l'organe d'intégration à l'achat est le plus traditionnel des modes contractuels d'approvisionnement. Il consiste, matériellement, en l'achat de marchandises par un regroupement qui les revend à ses adhérents.

Cette forme traditionnelle d'approvisionnement, au même titre que le mode purement statutaire, coexiste depuis longtemps avec d'autres formules contractuelles, dans lesquelles, la structure de regroupement approvisionne de manière indirecte ses membres, en servant seulement d'intermédiaire entre les producteurs et les fournisseurs. En nous inspirant de l'ouvrage de M. FERRIER sur la distribution, nous les regrouperons sous le vocable de "conventions d'intermédiation".⁵⁰ Ces "conventions d'intermédiation" vont progressivement gagner du terrain en terme d'utilisation au détriment de l'achat/vente, notamment avec l'apparition du référencement, sans pour autant faire disparaître ce mode d'approvisionnement traditionnel.

C'est ce processus qu'il convient d'analyser à présent.

1) Le déclin relatif de l'achat/vente

24. Pendant longtemps le monde de la distribution n'a connu, pour l'essentiel, que des opérations d'approvisionnement menées par des grossistes et une formule de droit commun qui était l'achat pour revente ; il en est tout autrement aujourd'hui.

Cette formule de l'achat/vente continue, néanmoins, à être employée, parfois même en complément d'une activité de référencement.⁵¹ La question se pose, donc, de l'intérêt qu'elle peut représenter pour les opérateurs et, subséquemment,

⁵⁰ **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> 6^{ème} édition p 407 n° 811 et suivants.

⁵¹ Cf. **Conseil de la Concurrence, Avis n° 97A04 du 21 janvier 1997** relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution : *"Parmi les centrales, certaines exercent une fonction d'achat, tandis que d'autres sont plutôt une structure de référencement ; les deux fonctions sont également remplies par certaines centrales, selon les produits ou les adhérents... Les centrales de Promodès, Auchan ou Casino remplissent à la fois les fonctions de référencement et d'achat, soit directement, soit par l'intermédiaire de structures créées à cet effet et spécialisées..."*. Voir également : **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 406 n° 808 et suivants.

de sa persistance, à terme, comme formule d'approvisionnement.⁵²

- MM. Fabre et Sales ont tenté d'expliquer les avantages d'une telle solution contractuelle : *" Elle permet au regroupement de moduler sa commission en fonction de la qualité des opérations d'achat qu'il aura pu faire dans les limites de sa propre compétitivité et du seuil de revente à perte ; d'occulter auprès de ses adhérents la réalité des avantages obtenus et de jouer sur les stocks"*.⁵³ On peut déduire de cette argumentation que, cette technique juridique, permet de faciliter l'établissement de marges de profits pour la structure de regroupement à l'achat, ce qui représente effectivement un avantage indéniable mais, aussi, potentiellement "sanctionnable".⁵⁴ Par ailleurs, on peut penser qu'il serait, dans ce cas, plus logique de ne viser que les centrales d'achat. En effet, comme nous avons

Pour un exemple concret : **Cour d'Appel de LYON Chambre Civile 7 février 2008** ; Société PERROSDIS SARL contre Société DISTRIBUTION CASINO FRANCE SAS ; **Tribunal de Commerce d'Orléans 11 décembre 2009**, Ministère contre SA M. BRICOLAGE n° 2008-7224.

⁵² **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4.

⁵³ **MM.FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 32 ; voir également **M.Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** <<JurisClasseur Contrats – Distribution 2011 Fasc. 1121 : Regroupements à l'achat – Relations juridiques – Organisation des relations>> n°6.

⁵⁴ Voir, pour un exemple de marges de profits artificiellement obtenues, **Cour de cassation chambre criminelle 25 juin 2008** pourvoi n° 07-80261 Publié au bulletin *"... que les factures de rémunération de services et prestations établies par la société ITM France au nom et pour le compte de sa filiale, pour justifier a posteriori le reversement par la CGC, à hauteur de 10 %, du montant de la majoration des prix d'achat des produits «Saint-Eloi» sont tout autant dépourvues de fondement et fausses, comme procédant d'un montage, destiné à masquer la réalité du prix d'achat des produits payé par la filiale ; que le recours à ce mécanisme permet à la SCA Légumes de se constituer des marges « arrières » qui ne sont pas portées sur les factures d'achat et de répercuter nécessairement cette «survaleur» sur le prix de la revente à ses adhérents, dès lors qu'il est interdit à tout commerçant, en vertu des dispositions de l'article L.442-2 du Code de commerce, de revendre un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif figurant sur la facture ; qu'il importe peu à cet égard que le mécanisme ainsi mis en oeuvre ait été délibérément négocié et accepté de part et d'autre par les parties au cours de leur négociation, dès lors qu'il en résulte un préjudice et un trouble manifeste à l'ordre économique qui perturbe les règles du marché et du jeu de la concurrence et qui crée un réel désavantage pour les adhérents du groupement qui, étant des commerçants indépendants, se trouvent dans l'obligation, s'ils veulent conserver leur marge habituelle de 30 %, de vendre au consommateur à un prix supérieur à celui du marché par rapport à leurs concurrents, sinon de réduire leur marge pour s'aligner sur le prix du marché, alors qu'ils n'ont pas d'autre alternative, pour s'approvisionner au prix du marché en produits de la marque du groupement Intermarché, que d'acheter par l'intermédiaire de la centrale d'achat, SCA Légumes..."* En sens inverse, une centrale d'achat agissant en grossiste n'est pas nécessairement tenue de répercuter tous les avantages qu'elle a obtenus à ses adhérents, si son contrat d'approvisionnement ne le prévoit pas expressément. **Cour d'Appel de LYON Troisième Chambre Civile 07 Mai 2008** n°07/07075 Société F.L.J SARL contre Société DISTRIBUTION CASINO FRANCE SAS (disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) *"Le franchiseur négocie directement avec les producteurs et fournisseurs et agit en tant que centrale de référencement et d'achat pour l'ensemble des produits, et ce pour le compte du réseau, dans son intégralité". La mention dans le contrat de ce que la société MEDIS négocie avec les producteurs et fournisseurs "pour le compte" du réseau ne caractérise ni un mandat, ni un contrat de commission, en premier lieu du fait que le "réseau" n'a pas la personnalité morale, et en second lieu du fait que le franchiseur :*

- comme centrale d'achat, achète en son nom et pour son propre compte, et revend aux franchiseés,
- comme centrale de référencement, agit comme un courtier, sans autre obligation que de communiquer aux adhérents du réseau, selon l'article 5-1, alinéa 2, in fine, du contrat, "la liste (des produits référencés) continuellement mise à jour, leur définition et les procédures de commandes, livraisons et paiement". Ces dispositions n'ouvrent aucun droit du franchiseé au reversement des remises et ristournes consenties au franchiseur par les producteurs fournisseurs. Le fait que le contrat ne prévoit aucune modalité, ni procédure, de redistribution entre d'une part le franchiseur et les franchiseés, d'autre part entre les franchiseés, le confirme, ". Dans le même sens : **Cour d'Appel de Lyon 3ème chambre civile 31 janvier 2008** n°06/00187Monsieur Patrick X... contre Société DISTRIBUTION CASINO FRANCE SAS (disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) .

pu le remarquer précédemment, la recherche de profits au détriment de ses membres ne peut pas constituer, a priori, l'objet d'un groupement d'achat. Cela pose la question de la recherche d'autres motivations à ce choix.

- MM. FABRE et SALES émettent également l'idée que cette technique permet une garantie par le jeu d'une réserve de propriété, notamment en cas de dépôt de bilan, hypothèse dans laquelle elle offrirait aux vendeurs de retrouver une partie de leurs produits dans les stocks.⁵⁵ Cet argument, quelle que soit sa valeur dans l'absolu, n'apparaît cependant justifié qu'à l'égard du petit commerce et non des grands centres de distribution, dont on sait que le principe de fonctionnement repose sur la notion de flux tendu. Ce système, qui implique une rotation rapide de stocks peu importants, généralement assortie de délais de paiement assez longs, permet à ces distributeurs de générer une trésorerie importante dont le placement est une part non négligeable de leur revenu.⁵⁶ En revanche, cet avantage de l'achat/vente rapporté par MM.FABRE et SALES met en exergue le risque majeur de cette technique qui est celui du non-paiement des produits, ce qui est un frein supplémentaire à son utilisation par les grandes centrales d'achat. Cela rend, de toute évidence, cette technique plus adaptée aux groupements d'achat qui, en raison de la coexistence de liens contractuels et de liens statutaires, limitent les risques de non-paiement par leurs membres.

- En faveur de la technique de l'achat/vente, on peut encore souligner l'avantage que ce mode d'approvisionnement peut présenter pour certains distributeurs, notamment les GMF (Grandes et Moyennes Surfaces), par opposition aux GSS (Grandes Surfaces Spécialisées). Il s'agit, notamment, de la capacité à fournir en relative petite quantité un assortiment de produits et la logistique relative à sa manutention et sa présentation. La limite à cet avantage est son coût, qui peut inciter les distributeurs à se tourner vers des centrales de référencement incluant certains de ces services, tels que le stockage et la manutention.⁵⁷

⁵⁵ **MM.FABRE et SALES** : <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 33. Pour un exemple concret, voir : **Arrêt de la Cour d'Appel de LYON Chambre Civile 7 février 2008** précité.

⁵⁶ **M.Didier FERRIER** présente les enjeux de cette gestion rapide des stocks que l'on appelle également JAT "juste à temps" <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 8 n° 11 et suivants.

⁵⁷ Cf. **Avis du Conseil de la Concurrence n° 04-A-20 du 22 octobre 2004** relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage : "*Par rapport aux livraisons directes des fabricants et des importateurs, les grossistes se distinguent par leur capacité à livrer de petites quantités de produits. Ils sont également en mesure de proposer un assortiment de produits de plusieurs marques, adapté aux besoins des surfaces de vente. Enfin, ils peuvent assurer, en lieu et place du détaillant, la manutention des livraisons, la mise en linéaire, et éventuellement l'animation du rayon arts de la table. En revanche, ces services ont un prix constitué par la marge du grossiste qui rend ce mode d'approvisionnement plus coûteux pour les détaillants. Pour diminuer leurs coûts, tant les fabricants que les détaillants peuvent être tentés d'internaliser les services rendus par les grossistes. L'acquisition par Arc des grossistes fondateurs de*

- Un dernier intérêt de l'achat/vente peut être étudié, quoiqu'il n'apparaisse pas très positif. Il apparaît en filigrane d'une décision du Tribunal de Première Instance de la communauté européenne du 15 décembre 1999, concernant une opération de concentration entre deux acteurs finlandais de la grande distribution : KESKO OY et TOKO OY. Il s'agit de la maîtrise des achats qui peut induire, de manière insidieuse, une maîtrise de la politique commerciale des entreprises clientes. Le principe repose sur une activité de grossiste couplée à celle d'une centrale de référencement, avec centralisation des commandes et des factures. La centralisation des commandes et des factures donne des informations commerciales à la structure d'intégration à l'achat, qui peut orienter sa politique de grossiste dans le sens de la clientèle en proposant des avantages supérieurs dans ce système d'approvisionnement, avantages soumis à l'achat parallèle d'une gamme de produits où le grossiste est particulièrement compétitif, orientant ainsi progressivement la politique commerciale de l'entreprise cliente et la rendant, progressivement, dépendante. La limite à cet intérêt est donc, bien entendu, l'intervention des autorités de la concurrence et la reconnaissance d'un état de dépendance économique ou/et, comme en l'espèce, d'une situation de concentration.⁵⁸

On le voit, l'intérêt de l'achat pour revente relève plus de situations particulières ou d'un marché particulier, qui justifient l'emploi de cette technique traditionnelle d'approvisionnement, que d'un réel avantage général d'utilisation qu'elle aurait sur les autres techniques. A ce stade de l'analyse, il n'apparaît donc pas de bénéfice déterminant à son utilisation qui en compense les risques et la lourdeur, ce qui peut expliquer sa relative désuétude au profit d'alternatives présentant moins de risques financiers ; notamment en ce qui concerne les centrales, pour qui cette forme d'approvisionnement apparaît en déclin.⁵⁹

2) L'avantage des techniques d'intermédiation

25. Les raisons de ce déclin relatif de l'achat/vente sont, en fait, assez faciles à comprendre.

Fliba et la création de la centrale d'achat Veralec par l'enseigne Leclerc, illustrent cette tendance, respectivement en amont et en aval.

⁵⁸ **TPICE 15 décembre 1999.** Affaire T-22/97, Kesko Oy contre Commission des Communautés européennes.

⁵⁹ Cf. **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4, thème "Achat-revente". Voir dans le même sens **M. Philippe GRIGNON** <<Répertoire de droit commercial - Distribution>> Octobre 2004.

LE REFERENCEMENT

Le regroupement, dans cette formule, en plus du contrat d'approvisionnement qui le lie à ses membres, conclut deux contrats de vente : l'opération d'achat aux fournisseurs et la revente aux distributeurs. Chacun de ces contrats comprend le cortège de règles qui lui sont attachées : accord sur la chose, sur le prix, éventuelle réserve de propriété etc. L'achat/vente apparaît, donc, comme une technique d'approvisionnement juridiquement assez lourde. C'est également une opération assez lourde au plan économique, puisqu'elle suppose, entre autres, des capacités financières pour l'achat, des capacités logistiques pour la gestion des stocks (entrepôts, manutentionnaires...), des capacités pour les transferts de marchandises, etc. De ce fait, elle suppose parallèlement l'existence d'actifs importants et d'une dotation en capital en rapport. Elle implique également des risques non négligeables en terme d'exploitation,⁶⁰ comme en terme de responsabilité.⁶¹ Autant de particularités qui, non seulement sur un plan purement juridique mais également sur un plan commercial, peuvent s'opposer au choix d'une telle technique contractuelle pour certaines formes de regroupements, et pour les autres, à lui préférer d'autres formules d'approvisionnement.

- Les oppositions juridiques :
 - Les opérations d'achat/vente étant par essence de nature commerciale,⁶² ce type d'opération d'approvisionnement est naturellement exclu si le regroupement s'est fait sous la forme d'une société civile.
 - Les associations n'ayant pas vocation à générer des bénéfices et ceux-ci n'étant pas distribuables, la recherche éventuelle d'un profit écarte également le choix de cette technique d'achat/vente. Cette technique apparaît, par ailleurs, également inadéquate à cette forme de regroupement, puisqu'elle suppose l'existence d'un actif important qui, en cas de dissolution, serait perdu pour ses membres.

- Les oppositions commerciales :
 - On constatera, d'abord, que ces particularités semblent exclure les GIE/GEIE et les sociétés de personnes, car les opérations "lourdes" dont nous avons parlé sont, également, des opérations à risques économiques ; ce qui pourrait écarter des investisseurs tenus solidairement des dettes du regroupement.

⁶⁰ **MOUSSERON** <<Technique contractuelle>>. 2ème édition 1999 p 63 n° 95 : *"Acheter pour revendre est une opération lourde mettant à la charge de l'intermédiaire les risques physiques d'avarie de la marchandise, commerciaux d'inventus et financiers d'impayés."*

⁶¹ La situation qu'il crée étant, comme nous l'avons dit, assimilable à celle prévalant entre un grossiste et ses clients, le regroupement fait, ici, véritablement écran entre les fournisseurs et ses membres. **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 293.

⁶² Cf. **Article L 110-1 du Code de commerce**.

LE REFERENCEMENT

- On constatera, ensuite, que ces particularités et la mise de fonds nécessaire limitent, naturellement, la taille du regroupement à l'achat et sa faculté d'expansion.

26. Les raisons de ce déclin relatif sont compréhensibles, également, si l'on se prête à une étude comparée avec les autres formes d'approvisionnement.

Quel que soit leur mode de regroupement, les intégrations à l'achat auront, en effet, tendance à privilégier d'autres techniques d'approvisionnement. La raison en est simple : même si ces techniques entraînent leurs propres lots d'obligations de responsabilités et de risques envers les membres du regroupement à l'achat, ce seront ceux d'un intermédiaire, que l'on peut penser moindres que ceux d'un revendeur.

- On constatera d'abord que, face à l'achat/vente, toutes les techniques d'intermédiation apparaissent plus légères à mettre en œuvre, car elles n'entraînent qu'une opération de vente en plus du contrat d'approvisionnement qui lie le regroupement à ses membres, et donc qu'un seul transfert de propriété, avec les incidences économiques et juridiques qui y sont attachées.

- Le mandat n'entraîne qu'une opération de vente entre le mandant représenté et le fournisseur. Les obligations liées à la vente ne portent que sur le mandant et celui-ci supporte les conséquences de l'engagement signé par le mandataire, seulement dans la limite de son contrat de représentation, tandis que le mandataire n'engage sa responsabilité que s'il s'éloigne du mandat qui lui a été donné.

- Le contrat de commission, lui aussi, ne suppose qu'une vente entre le commissionnaire et le fournisseur. Même si, dans ce cas, les obligations liées à la vente portent sur le commissionnaire,⁶³ les rapports entre le commissionnaire et le commettant, quant au respect du contrat de représentation, restent les mêmes que pour le mandat.

- Le contrat de courtage décharge encore plus l'intermédiaire, dans la mesure où il n'entraîne qu'une opération de vente, directement entre les parties rapprochées par ce dernier.

- Enfin, le référencement décharge totalement l'intermédiaire des obligations liées à la vente, puisqu'il ne s'agit que d'une négociation des conditions du contrat.

⁶³ En compensation, le commissionnaire bénéficie d'un privilège sur la valeur des marchandises négociées pour le compte de son commettant pour garantir la créance qu'il a sur ce dernier du fait de son intervention. Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 124 n° 264.

LE REFERENCEMENT

- On constatera, aussi, que ces techniques libèrent sur un plan économique les organes d'intégration à l'achat des opérations matérielles sur les marchandises, opérations qu'ils peuvent ainsi transmettre ou facturer à leur clientèle.
- On constatera, enfin, que ces techniques permettent de rassembler plus facilement les distributeurs car elles ne nécessitent pas, ou peu, d'appels de fonds préalables, et de ce fait, permettent de fédérer à une plus grande échelle la puissance d'achat.

§2) La recherche stratégique d'une souplesse de fonctionnement

27. Cette brève étude comparative entre la technique de l'achat/vente et les contrats d'intermédiation, fait nettement apparaître la recherche d'une souplesse de fonctionnement comme étant l'élément majeur du désintérêt de la distribution moderne pour la technique de l'achat/vente et, par extension, comme l'élément moteur du choix de toute technique d'approvisionnement.

L'abandon progressif des formules d'approvisionnement les plus lourdes dans le cadre de la grande distribution se traduira, sur le plan contractuel, par leur remplacement par des formules plus souples. A ce titre, les techniques d'intermédiation existantes dans notre droit vont naturellement être, historiquement, les premières privilégiées par les opérateurs économiques. Elles ont en commun d'écarter un certain nombre d'inconvénients propres à l'approvisionnement direct sociétaire ou à l'achat pour revente. L'étude de ces formules d'approvisionnement forme naturellement la suite de notre sujet (A). Ces techniques d'intermédiation se verront, néanmoins, progressivement écartées au profit d'une formule nouvelle encore plus souple et particulièrement bien adaptée à la nouvelle donne économique et concurrentielle de la grande distribution : le référencement (B).⁶⁴

A) Un but partiellement atteint par l'intermédiation traditionnelle

28. Il existe trois contrats d'intermédiation utilisés avant l'invention du référencement et qui coexistent avec lui dans la grande distribution : le contrat de courtage, le contrat de mandat et le contrat de commission.

Chacun de ces contrats possède une finalité et un régime juridique différent, ce qui n'exclut pas quelques points communs. La compréhension préalable des mécanismes de ces contrats étant nécessaire à notre appréhension du référencement, c'est donc une étude comparée de ces derniers que nous allons, à

⁶⁴ **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 47 n° 62 ; **MOUSSERON** <<Technique contractuelle>>. 2ème

présent, entreprendre.

1) La fonction des contrats d'intermédiation

29. La première fonction d'un contrat d'intermédiation est, comme leur qualification l'indique, de régir l'intervention d'un intermédiaire dans la réalisation d'un contrat.

Cette qualité d'intermédiaire apparaît nettement dans la définition fonctionnelle de l'action d'un courtier : "*Le courtier a pour fonction de rapprocher deux personnes qui désirent conclure un marché... Son rôle consiste à rechercher au profit d'un vendeur la clientèle susceptible de l'intéresser ou bien, de proposer à un acheteur l'entreprise qui pourra satisfaire à ses besoins.*".⁶⁵ De la même façon, l'**article 1984 du Code civil** relatif au mandat dispose : "*le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom...*". Enfin, l'**article L-132-1 du Code de commerce** qui fixe le régime du contrat de commission précise : "*le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant...*».

30. S'ils visent tous à régir une situation d'intermédiation, la fonction de ces contrats diffère sensiblement.

- En ce que le rôle du courtier consiste essentiellement à mettre en relation des personnes désireuses de contracter, le courtage apparaît comme étant l'essence même d'un contrat d'intermédiation.

Le rôle d'un courtier dépasse néanmoins cette pure fonction matérielle de mise en relation, en raison de la finalité de son action qui est de permettre la réalisation du contrat. Cette finalité se retrouve dans la définition qu'en donnent RIPERT et ROBLOT : "*Le courtier est un commerçant dont la profession consiste à rapprocher les personnes qui désirent contracter. Il fait connaître à chaque partie les conditions de l'autre, s'efforce d'arriver à une conciliation des intérêts, conseille la conclusion*

édition 1999 p 63 n° 95 : "*La formule très souple du référencement a été imaginée pour les inconvénients de l'achat pour la revente et de la représentation.*"

⁶⁵ **Mme Françoise DE CHASTEIGNIER** <<Contrat de Courtage>> Jurisclasseur Contrat Distribution fasc. 490 p 3 n° 3.

*du contrat et parfois collabore à la rédaction de l'acte qui le constate."*⁶⁶ Appliqué à notre sujet, dans le cas d'un courtage, le rôle d'une structure de regroupement consistera donc en :

- Une obligation de résultat : faire connaître à chaque partie, c'est-à-dire à ses membres comme aux fournisseurs, les conditions de l'autre.
- Une obligation de moyen : la conciliation des intérêts entre les différentes parties au contrat.

- Le mandat correspond, pour sa part, à une évolution de l'engagement de l'intermédiaire dans l'accomplissement du contrat, dans la mesure où le mandataire va représenter une ou plusieurs parties au contrat.

Appliquée à notre étude, l'action de la structure de regroupement consistera, donc, à recevoir contractuellement la mission de représenter le distributeur auprès des fournisseurs, afin d'obtenir les meilleures conditions de vente et de conclure, au nom et pour le compte de ce dernier, le contrat de vente. On doit donc considérer que, dans le cas du mandat, il n'y a aucune relation contractuelle entre l'organe d'intégration à l'achat mandataire et les fournisseurs, mais exclusivement une relation entre les fournisseurs et les distributeurs membres du regroupement. La relation entre l'organe d'intégration et les fournisseurs n'apparaissant que comme l'exécution matérielle du contrat de mandat passé avec ses membres.

- Enfin, le contrat de commission représente encore une évolution supplémentaire puisqu'il va se substituer complètement à l'une des parties dans l'accomplissement de ses obligations.

Contrairement au contrat de mandat, dans le contrat de commission, il existe de réels rapports de droit entre l'intermédiaire et la personne avec laquelle il va contracter pour le compte de son commettant. Dans notre cas de figure, cela signifie que la structure de regroupement recevra contractuellement la mission de représenter le distributeur auprès des fournisseurs, afin d'obtenir les meilleures conditions de vente et de conclure en son nom propre, mais pour le compte de ses adhérents, le contrat de vente.

2) La nature des contrats d'intermédiation

31. La nature juridique de ces contrats diffère également : Le

⁶⁶ RIPERT ET ROBLOT << Traité de Droit Commercial >> tome 2. 17^{ème} édition 2004 M. Philippe

mandat est à l'origine un acte civil. Il s'oppose en cela au contrat de commission prévu par l'**article L 132-1 du Code de commerce** qui est par nature commercial, ainsi qu'au contrat de courtage dont la nature est également commerciale.⁶⁷

Ce caractère civil ou commercial de l'activité de représentation n'est pas sans incidence. En effet, si pour les sociétés commerciales par nature, cette distinction est indifférente, il n'en sera pas de même pour les GIE dont le caractère civil ou commercial dépend de leur objet. Celui-ci étant, en l'espèce, l'approvisionnement de leurs membres, la question de la nature civile ou commerciale du regroupement pose nécessairement la question de la nature civile ou commerciale de l'opération de représentation. De la même façon, la possibilité pour un regroupement de se constituer sous forme de société civile dépend également, comme nous l'avons dit, du caractère civil de son objet et pose donc, également, la même question. Or, la nature de l'opération de mandat pose problème car, si elle est d'origine civile, comme nous l'avons rappelé, elle peut également être commerciale. Si la nature commerciale du mandat donné à une entité dont le caractère commercial est déjà avéré ne fait aucun doute, puisque ce contrat sera conclu par un commerçant pour les besoins de son commerce,⁶⁸ en revanche, en l'absence de ce caractère commercial du mandataire, la nature de l'opération menée par le mandataire en vertu de ce mandat, fait l'objet d'une controverse entre la doctrine et la jurisprudence.

32. Il convient de résumer quelque peu cette discussion pour en comprendre les conséquences sur le sujet qui nous préoccupe.

L'activité de mandataire étant par essence civile, cela devrait exclure toute qualification commerciale d'un organe d'intégration à l'achat utilisant cette technique. Or, l'**article 110-1 du Code de commerce** répute acte de commerce dans les mêmes termes que l'ancien article 632 :

3^e. " Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeuble, de fonds de commerce, d'action ou part de sociétés immobilières ; .."

5e "Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ; "

7e "Toute opération de change, banque et courtage ; "

9e. "Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;"

DELEBECQUE et Michel GERMAIN p 680 n° 2679.

⁶⁷ **Article L 110-1 du Code de commerce.**

LE REFERENCEMENT

A la lecture de cet article, on constate donc, comme nous l'avons dit précédemment, que sont expressément visés les autres contrats d'intermédiation que sont le contrat de commission et de courtage, mais pas le contrat de mandat. Cependant, cet article fait également référence à d'autres opérations auxquelles un mandat pourrait s'assimiler : "*opérations d'intermédiaires pour l'achat*", "*obligations entre négociants, marchands et banquiers*". De ce fait, une partie de la doctrine a toujours estimé que cette liste ne devait pas être considérée comme limitative et devrait englober tous les intermédiaires de commerce. La doctrine majoritaire estime, en outre, que tout mandataire agissant au nom et pour le compte d'un commerçant effectue des actes de commerce à titre de profession habituelle et devrait se voir retenir la qualification de commerçant.⁶⁹ Cette opinion permettrait, donc, de déclarer comme commerçants les structures de regroupement agissant en mandataires. La question s'étant essentiellement posée concernant les agents commerciaux, la jurisprudence sur ce point estima, au contraire, que ces actes étant faits au nom et pour le compte du mandant, ils n'étaient pas "exercés" au sens de l'ancien article 1 du Code de commerce par le mandataire au titre de profession habituelle et n'enlevaient donc rien à la nature civile du mandat.⁷⁰ Cette discussion n'étant pas l'objet de notre étude, nous nous contenterons de prendre acte de la position de la jurisprudence et d'en conclure : qu'en l'état actuel du droit, une société civile utilisant le mandat comme mode d'approvisionnement, peut valablement exercer une activité d'intégration à l'achat et qu'un GIE, dans la même situation, se verrait qualifier de civil. C'est une conclusion à laquelle aboutissent également d'autres auteurs.⁷¹ Mais il est vrai, comme le souligne Mme ANDRÉ, qu'il sera peu courant qu'un contrat de groupement ou qu'un contrat d'affiliation ne comporte d'autres obligations que celle de mandataire, ce qui entraînera fréquemment la perte de cette nature civile.⁷²

33. Ces différences de nature n'excluent pas des caractères

⁶⁸ Cf. **Cour de Cassation Chambre des requêtes 29 janvier 1883** DP 1883 ; voir également : **M.Gilles ANDREO** <<Mandat commercial>> 1989 Jurisclasseur Contrats Distribution fascicule 460 p 3 n° 2.

⁶⁹ Voir sur cette controverse **M.Gilles ANDREO** <<Mandat commercial>> 1989 Jurisclasseur Contrats Distribution fascicule 460 p 3 n° 2.

⁷⁰ **Cour de Cassation chambre commerciale 29 Octobre 1979**. JCP 81, II, 19591. Note J.Vincent. Cette jurisprudence sera toujours maintenue, y compris sous l'empire du nouvel article 110-1 du Code de commerce : **Versailles, 6 nov. 1997**, RJDA 1998, no 579, 20 nov. 1997 ; JCP E 1998 n° 10 p. 349. Voir aussi **Cour de cassation chambre commerciale 3 oct. 2000** : RJDA 2001, n° 20. **Paris, 14 mai 1999** RJDA 1999, n°1198. Sur la requalification d'une convention en contrat d'agence commerciale, voir : **Cour d'Appel de Paris 2 mai 2002** RJDA 2002, n° 1130 ; Petites affiches 3 juill. 2003 p 33, observations Etner.

⁷¹ **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 63 n° 115.

⁷² **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 63 n° 115.

communs.

Ces caractères sont stigmatisés, par exemple, par la référence de ***l'article L.132-1 du Code de commerce*** au régime du mandat pour tout ce qui est des droits et devoirs du commissionnaire envers le commettant. Ce qui amène la jurisprudence à considérer le contrat de commission comme essentiellement distinct du contrat de mandat par le fait que le commissionnaire agit en son nom propre, ce qui, si les circonstances laissent présumer le contraire, lui font disqualifier le contrat de commission en mandat professionnel. De la même façon, les frontières entre un contrat de courtage et un mandat, voire un contrat de commission, ne sont pas étanches. Il est admis, de longue date, que le courtier puisse être également investi de ces obligations. *"Certains courtiers font de la représentation et de la commission."*⁷³ Indépendamment de ces remarques, une opération d'approvisionnement conclue sous la forme d'un courtage, d'un mandat ou d'un contrat de commission sera, pour le reste, soumise au droit commun de la matière. Cela n'exclut pas quelques particularités comme nous le verrons plus loin.

B) Un but pleinement atteint par le référencement

34. De toutes les formules d'approvisionnement, le référencement est la plus récente.

C'est également la plus souple, dans la mesure où, longtemps simple pratique commerciale, elle dépendait essentiellement dans ses critères de mise en œuvre, de la réalité des rapports de force dans la grande distribution. Cette souplesse se verra progressivement réduite au fur à mesure de son appréhension par le droit positif. D'abord, par la qualification précise de cette technique et sa reconnaissance en tant que contrat avec le cadre juridique qui en découle, ensuite, par sa soumission aux règles de l'ordre public économique. Ce progressif et nécessaire encadrement du référencement ne mettra pas pour autant en cause son intérêt commercial, si l'on en juge par son caractère de principale formule d'approvisionnement employée par la grande distribution.

Il convient, à présent, d'en approfondir la connaissance.

⁷³ **RIPERT ET ROBLOT** <<Traité de Droit Commercial>> T 1 LGDJ 15ème édition 1994 p 610 n° 2682. Voir, dans le même sens : **M.Philippe DEVESA** << l'opération de courtage>> LITEC 1994 n° 272 et suivants ; **M.DURANTON** <<Courtiers>> Répertoire commercial DALLOZ p 3 n° 4.

1) Les caractères du référencement

35. Cette pratique commerciale a d'abord été décrite par la doctrine. Sa première évocation date, semble-t-il, d'un colloque à propos des "services communs d'entreprises" en 1972.⁷⁴ Dans ce colloque, BURST décrit la relation en ces termes : "*La référencement consiste pour un groupement d'achat à s'adresser à un certain nombre de producteurs ou de fournisseurs en vue de discuter les conditions qu'ils peuvent consentir à d'éventuels acquéreurs, en l'occurrence les membres du groupement...*".⁷⁵ La relation juridique ainsi définie est simple en son principe. Elle met en présence trois acteurs :

- la structure de regroupement à l'achat,
- le fournisseur,
- le distributeur membre du regroupement.

Les deux premiers vont négocier des conditions de vente et, sur cette base, les distributeurs pourront conclure avec les fournisseurs des contrats de vente. Les caractères fondamentaux d'une opération de référencement reposent, donc, sur une dissociation entre la négociation des conditions de vente, opérée par l'organe de regroupement, et la conclusion des contrats de ventes négociés, qui intervient directement entre fournisseurs référencés et distributeurs membres du regroupement. L'organe d'intégration à l'achat agissant en intermédiaire du distributeur, sans conclure pour son propre compte le contrat de vente, il s'agit d'un contrat d'intermédiation. C'est sur ces critères constitutifs que s'est fait le consensus des auteurs ayant défini cette opération,⁷⁶ critères qui sont, à présent,

⁷⁴ **BURST, CALAY-AULOY, MOUSSERON, SCHMIDT...** Vème Journée d'Actualité de Droit de l'Entreprise, Montpellier 1972, Litec 1973.

Cf. en ce sens **J.M MOUSSERON** : <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n°XV, LITEC 1986 p 71 n° 93 ; **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX p 165 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> p 198 n° 396 ; **M.Alain PIERANCOSTA** <<Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence>> Les petites affiches 10 août 1988 n°96 p 21.

⁷⁵ **J.J BURST**<<Colloque sur les services communs d'entreprises>> IVème Journée d'Actualité du Droit de l'Entreprise, Montpellier 1972, Litec 1973 p 54 et suivantes.

⁷⁶ **Mme M.E ANDRE** : <<Déréférencement et droit des contrats>> p 1 ; **MM.FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 40 n° 25 ; **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 71 n° 95 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec première édition 1995 p 384 n° 740 et suivants (Litec 6^{ème} édition p 408 n° 813 et suivants).

généralement adoptés.⁷⁷ C'est également sur ces critères que s'est construite la reconnaissance par la jurisprudence de cette relation juridique. D'abord, en isolant les caractères constitutifs de cette relation sans pour autant la qualifier, "*attendu cependant que SOPERGROS convenait avec les fournisseurs, des conditions de vente dont bénéficieraient ses adhérents.*".⁷⁸ Ensuite, en qualifiant de référencement une relation juridique présentant ces critères distinctifs, "... *La convention conclue dans ce cadre avec Sole France s'analyse en un contrat de référencement...*".⁷⁹ Enfin, par une précision de ces critères distinctifs par la cour de cassation. "*Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève, tant par motifs propres qu'adoptés, que si la convention liant la SGCC et la Société Sole France avait prévu les conditions générales des fournitures, les ventes étaient conclues directement entre la Société Sole France et les coopératives, qui gardaient la maîtrise de leurs commandes quant à l'opportunité et à l'importance de celles-ci.*". Et la consécration du qualificatif de "contrat de référencement" pour rendre compte de cette relation juridique : "*...Ne découlait pas nécessairement de la nature du contrat de référencement...*".⁸⁰ Ces critères seront également adoptés par les autorités de la concurrence.⁸¹

2) Le fonctionnement du référencement

36. Ces principes de base étant posés, il convient à présent de décrire le déroulement de l'opération de référencement dans son ensemble.

Il apparaît effectivement important, pour sa connaissance, de distinguer le référencement lui-même, de l'opération de référencement dans laquelle il s'insère, et des contrats d'achat/vente qui en résultent. A l'analyse, l'opération de référencement comportera nécessairement trois phases :

⁷⁷ **M.DURANTON** <<Courtiers>> Répertoire commercial DALLOZ p 26 n° 187 ; **M. RETTERER** <<Contrat de référencement>> Jurisclasseur commercial p 2 n° 4 ; **Mme Alexandra MENDOZA-CAMINADE** <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011 p 170.

⁷⁸ **TGI de Strasbourg 29 sept 1983**, "Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros" Arrêt inédit rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2. Voir, également : **Cour d'Appel de Paris 13 juillet 1983**, affaire Sopegros, TIP-France. Lettre de la distribution 1983/9.

⁷⁹ **Cour d'Appel de Versailles 13ème chambre, 16 décembre 1987** Sté Sole France contre SGCC" Dalloz. 1988 IR.50 ; Petites Affiches 8 avril 1988 n°43 p 4 Commentaires **Mme SELINSKY**.

⁸⁰ **Cour de Cassation Chambre commerciale 23 octobre 1990**. Bull civ. IV, n°257.

⁸¹ Cf. **Décision 94 D 60 du Conseil de la Concurrence du 13 décembre 1994** "pratiques relevées dans le secteur des lessives".

LE REFERENCEMENT

- La première phase découle de l'existence même du référencement, c'est l'acte juridique par lequel le principe de ce mode d'approvisionnement a été prévu entre la structure d'intégration à l'achat et ses adhérents.

Cette première phase peut donc résulter : soit du contrat d'affiliation passé entre une centrale d'achat et ses affiliés, soit du contrat de groupement entre un groupement d'achat et ses membres, soit encore, concernant ce dernier, directement d'une disposition de son statut ou de son règlement intérieur.⁸² Pour ne retenir que la formule contractuelle de cette opération, se pose alors la question de la nature du contrat souscrit. Cette nature ne peut être déterminée que par l'analyse des effets de ce contrat, qui constituent la seconde phase de l'opération.

- Cette seconde phase est le cœur de l'opération de référencement, c'est ce qu'il convient d'appeler le référencement lui-même.

Il consiste, matériellement, en *"la négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres"*, pour résumer en une formule la définition conjointe des premiers auteurs ayant travaillé sur cette question et qui nous apparaît la plus complète.⁸³ On désigne donc, par ce terme, la situation juridique dans laquelle la structure de regroupement, dans la position de référenceur, et les fournisseurs, dans la position de référencés, entament une relation dont l'aboutissement sera la conclusion d'un contrat qualifié de "contrat de référencement".

L'aboutissement de cette négociation entraîne une troisième phase :

- La troisième phase consiste en la conclusion de contrats de vente aux conditions issues du référencement par chacun des distributeurs membres du regroupement.

Cette troisième phase peut être, éventuellement, précédée d'une ou plusieurs autres négociations par des regroupements de rangs inférieurs, jusqu'au distributeur final passant commande.⁸⁴ Ces phases de négociation constituent

⁸² **J.M MOUSSERON, J.J BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE** <<Droit de la distribution>> 1975 p 87 n° 90.

⁸³ **J.M MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE**<<Droit de la distribution>> 1975 p 85 n°89 : *"On rencontre enfin une pratique très courante en net développement qui prend le nom de référencement. Elle consiste pour un groupement d'achat à s'adresser à un certain nombre de producteurs ou de fournisseurs en vue de connaître et discuter les conditions qu'ils pourraient consentir à d'éventuels acquéreurs, en l'occurrence les membres du groupement. Les conditions sont relatives aux prix, aux délais de paiement, aux délais de livraison, aux quantités de livraison possibles, aux services d'après-vente..."*.

⁸⁴ Le **Conseil de la Concurrence** a pu recueillir quelques informations sur ces négociations : *"La négociation peut être unique, porter à la fois sur les conditions générales de ventes (CGV) et les services et ne pas être complétée d'une renégociation au niveau régional ou local sauf pour des actions spécifiques (cas de Casino, Promodès ou Intermarché....). Dans le cas de structures regroupant divers adhérents (Cometca), les négociations peuvent se faire au stade de chaque adhérent : cependant, les*

LE REFERENCEMENT

autant de référencements, dont la multiplication entraîne l'ajout successif d'avantages arrachés aux fournisseurs. Cette situation a été dénoncée par certains comme un véritable "racket" organisé,⁸⁵ d'autres n'hésitant pas à parler de chantage,⁸⁶ ou de "maltraitance des fournisseurs".⁸⁷ On peut résumer cet ensemble complexe par la formule suivante : le contrat de référencement est le moyen de parvenir au référencement qui est la finalité d'une opération de référencement, dont l'aboutissement est la conclusion de contrats d'achat/vente. Ce schéma juridique est aujourd'hui admis par une bonne partie des auteurs.⁸⁸ Il apparaît donc que l'appréhension des problèmes posés par la totalité de l'opération de référencement, ainsi que ceux posés par chacune de ses phases, est subordonnée, de fait, à une analyse approfondie de la seconde phase qui est fondamentale : celle du référencement lui-même. C'est ce qu'il conviendra de démontrer ultérieurement. En ce qu'il tend à réduire la relation d'approvisionnement à une simple négociation des conditions de vente, le référencement apparaît comme l'expression la plus aboutie du besoin de souplesse de fonctionnement manifesté par la pratique commerciale, en ramenant cette opération d'approvisionnement à son essence. Mais ce besoin se manifeste également dans les autres formules d'approvisionnement employées.

remises quantitatives sont fixées afin d'être les mêmes pour tous les adhérents sans qu'il y ait une globalisation des quantités et la négociation porte sur les services de coopération commerciale qui peuvent différer. Mais le référencement peut n'être qu'un accord cadre et le fournisseur renégocie auprès de centrales régionales ou des magasins à la fois ses CGV et les actions promotionnelles. Ainsi l'accord GALEC n'est qu'un accord de base, les fournisseurs négociant à partir d'un chiffre d'affaires prévisionnel réalisé avec l'ensemble des magasins, les remises quantitatives, les conditions de paiement et les programmes promotionnels nationaux. L'accord une fois souscrit est diffusé dans les centrales d'achat régionales (SCA) et les magasins, lesquels négocient alors les gammes de produits, les remises achats, remises logistiques, ainsi que le plan promotionnel mis en place au stade de la région. Au stade du magasin, la négociation porte sur la sélection des produits et les promotions (têtes de gondoles...)." Avis n° 97A04 du 21 janvier 1997 "Relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution".

Voir, également, **M. Alain PIERANCOSTA** <<Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence>> Les petites affiches 10 août 1988 n°96 p 21.

⁸⁵ Cf. **Mme Marianne MOUSSERON** <<Centrales et Supercentrales>> Cahiers de droit de l'entreprise 1985/4 ; voir dans le même sens : **M. Jean-Jacques BIOLAY** << Les relations entre l'industrie et la grande distribution>> Les petites affiches 17 avril 1991 n° 46 p 11 b).

⁸⁶ Cf. Article du **Groupe de travail grande distribution d'ATTAC** : <<Supérette et le pot au lait, la grande distribution sur la sellette >> (version août 2004. Disponible sur le site Internet d'Attac).

⁸⁷ Cf. RAPPORT présenté par **M. Michel RAISON Député** au nom de la COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES, DE L'ENVIRONNEMENT ET DU TERRITOIRE sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 15 novembre 2007.

⁸⁸ **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 11 n° 95 ; **Mme M.E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> 1991 précité p 23 n° 35 et suivants ; **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{me} édition p 408 n° 813 et suivants ; **Mme Martine BEHAR-TOUCHAIS et M. Georges VISSARAMY** : <<Les contrats de la Distribution>>. Traité des Contrats sous la direction de **M. Jacques GHESTIN** p 797 n° 1453 et suivants ; **M. Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** JurisClasseur Contrats - Distribution Fasc. 1121 : Regroupements à l'achat - Relations juridiques - Organisation des relations ; **M. RETTERER** <<Le Contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence>> JCP Cahiers de Droit de L'Entreprise n° 2 Année 1999.

Section II : Le constat d'un "particularisme" des formules d'approvisionnement

Introduction

37. La pratique commerciale ne se contente pas de sélectionner les contrats les mieux adaptés à ses besoins en fonction de son environnement.

On le voit avec le référencement, elle n'hésite pas à créer l'environnement juridique qui lui est nécessaire. Cet exemple du pouvoir normatif de la pratique commerciale, comme nous l'avons exprimé, est déjà remarquable, en soi, tant par sa rapidité que par les problèmes qu'il pose. Il s'agit, ici, de l'expression de la volonté consciente d'une réaction des opérateurs économiques, par rapport à un environnement donné. Cependant, il y a également un autre impact "créateur" de la pratique commerciale moins flagrant et spectaculaire que l'érection de toute pièce d'une nouvelle relation juridique, mais tout autant intéressant. Nous faisons référence aux distorsions que cette même pratique commerciale entraîne dans la nature juridique des techniques contractuelles existantes qui, du fait de leur évolution dans un contexte particulier, perdent certains de leurs caractères fondamentaux ou en acquièrent d'autres. Cette évolution peut, parfois, conduire à se demander si cela ne justifierait pas qu'elles soient analysées différemment. En ce que, là aussi, la pratique de la grande distribution recrée l'environnement juridique qui lui est nécessaire, on peut parler, par extension, de manifestations de véritables "particularismes" de la grande distribution, au même titre que cela peut être reconnu pour une entité politique ou culturelle donnée.⁸⁹ On peut souligner deux situations où une telle problématique peut se poser :

- La première, concerne la technique d'approvisionnement direct traditionnellement analysée comme un achat pour revente (§1).
- La seconde, concerne les contrats d'intermédiation au regard du contexte particulier de leur utilisation dans la grande distribution (§2).

Il convient de les étudier successivement.

⁸⁹ Définition du **ROBERT** : "*Particularisme*" attitude d'une population, d'une communauté qui veut conserver, à l'intérieur d'un état ou d'une fédération, ses libertés régionales, son autonomie.".

§1) Le "particularisme" de la formule d'achat/vente

38. L'achat pour revendre est la plus ancienne des techniques contractuelles d'approvisionnement, mais aussi la plus lourde. Ceci explique, on l'a vu, son relatif déclin, même si elle n'était pas dénuée d'intérêt commercial.⁹⁰

Pourtant, même dans cette technique classique, on peut discerner une influence du contexte de son utilisation par la pratique commerciale qui soulève quelques interrogations. En effet, nonobstant les problèmes liés aux considérations d'opportunités économiques et juridiques propres au choix de ce mode de fonctionnement pour un regroupement à l'achat, l'achat pour revendre pose aussi la question théorique de sa juste qualification juridique. Cette formule d'approvisionnement, malgré son appellation traditionnelle peut, de fait, présenter certains aspects dont on doit se demander s'ils sont compatibles avec le droit applicable à la vente. Cette discussion qui est apparue avec l'essor des regroupements à l'achat n'a pas eu beaucoup d'écho ni reçu un accueil favorable de la doctrine (A). On peut néanmoins penser, qu'avec le formalisme accru lié à la vente, elle continue à présenter de l'intérêt et que, tous les aspects de la question n'ont pas nécessairement été abordés (B).

A) Une discussion ancienne apparemment close

39. Certains auteurs se sont ainsi interrogés sur la possibilité de qualifier de "vente" le contrat passé entre une coopérative et ses membres.

Cette discussion est assez ancienne mais elle mérite qu'on s'y attarde pour ses implications théoriques.⁹¹ En effet, par delà la seule portée intellectuelle du problème, il faut garder à l'esprit que l'une des explications de la relative désuétude de l'achat/vente dans la grande distribution a trait à sa rigidité et ses implications juridiques. La déqualification des contrats auparavant qualifiés d'achat/vente entre un regroupement et ses membres, en diminuant le formalisme et les implications en matière de responsabilité liées à la transmission de propriété, fluidifierait nécessairement cette transmission et redonnerait, peut-être, un certain attrait

⁹⁰ Cf. Supra p 38 et suivantes.

⁹¹ Cf. Par exemple, son évocation par **M.Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** dans le Jurisclasseur Contrats – Distribution Fasc. 1121 : Regroupements à l'achat – Relations juridiques – Organisation des relations n°9.

commercial à ce mode d'approvisionnement.

1) Une théorie intéressante

40. Sur cette question de juste qualification du contrat d'achat/vente M. PICQUET, dans sa thèse sur les coopératives d'achat, avait estimé qu'en raison de la nature particulière d'une coopérative qui ne peut vendre qu'à ses adhérents, elles ne devraient être perçues que comme la somme de leurs membres et donc n'agir qu'en tant que représentantes de ces derniers qui, seuls, posséderaient la possibilité d'acheter.⁹²

Cette opinion fut relayée un temps par le Professeur SAINT-ALARY, estimant que la personnalité morale des coopératives n'était pas suffisamment distincte de celle de ses membres pour permettre la conclusion d'un tel contrat.⁹³ Il émit l'idée que, cette forme de groupement n'ayant pas le droit de disposition attaché au droit de propriété, elle ne serait jamais vraiment propriétaire même si on admettait qu'elle puisse conclure un achat, puisqu'elle ne peut refuser de fournir ses adhérents. BURST a élargi la réflexion, par la suite, en faisant remarquer, avec justesse, que cet argument du manque d'autonomie de la coopérative, quant à l'opération d'approvisionnement, pourrait également être invoqué pour le Groupement d'Intérêt Economique, puisqu'il a une activité se situant obligatoirement dans le prolongement de celle de ses membres.⁹⁴ En suivant le même raisonnement, on pourrait également estimer, à notre tour, que cette argumentation puisse être élargie à tous les groupements d'achat. En effet, la particularité des coopératives, dont la nature est de pourvoir à l'approvisionnement de leurs membres, particularité sur laquelle se base M. SAINT-ALARY, ne peut apparaître comme élément déterminant une analyse dérogatoire par rapport à un autre groupement. N'importe lequel d'entre eux peut être statutairement conçu pour le même objet et on ne voit pas ce qui, quant au droit de disposition, différencierait entre une obligation légale et une obligation statutaire. Dans le même courant de pensée, Mme ANDRE remarquait également : *"Un autre argument plaide en faveur du rejet de la qualification de grossiste ; en effet, les groupements d'achat ne sont pas, à proprement parler, responsables des vices cachés des marchandises comme des*

⁹² **PICQUET** : <<Les sociétés coopératives d'achat en commun>> Thèse Paris 1941.

⁹³ **St ALARY** RTD Commercial 1962 p 705.

⁹⁴ **J.J BURST** : "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" <<Services communs d'entreprises>> Collection actualité du droit de l'entreprise p 50.

vendeurs ordinaires. La majorité de la jurisprudence a, en effet admis, depuis fort longtemps, que le groupement ne répond que de sa faute et n'est tenu que lorsqu'il n'a pas procédé à une vérification soigneuse qui eût permis de découvrir les vices cachés." ⁹⁵

On pourrait donc croire que cette théorie ait séduit plusieurs auteurs, il n'en est rien.

2) Une théorie mal acceptée

41. BURST avait, dès le début, manifesté son opposition à cette théorie en faisant remarquer que les arguments reposant sur l'absence d'un libre droit de disposition, de la part des groupements d'achat, ont en commun de nier la personnalité morale des groupements. ⁹⁶

Cet argument d'une méconnaissance de la personnalité morale du groupement, objecté par BURST, apparaît rédhibitoire. ⁹⁷ Madame André, malgré ses remarques quant aux particularités de la transmission de propriété par les groupements d'achat, ne se plaçait pas, elle aussi, pour autant en phase avec ces thèses, puisqu'elle avait repris cet argument en estimant : " *Qu'il soit ou non une société coopérative, le groupement d'achat en commun bénéficie d'une personnalité juridique propre... qui le distingue de ceux qui le constituent.* " ⁹⁸ La jurisprudence a, pour sa part, assez rapidement estimé que la qualification d'opération de mandat ou de grossiste dépendait de cas d'espèces, ne semblant en cela ne trouver aucune objection à une qualification d'achat/vente. ⁹⁹ Doit-on alors considérer le débat comme étant clos ? nous ne le pensons pas. D'une part, on peut encore trouver certains échos positifs à cette réflexion, telle l'opinion exprimée par MM. RIPERT et ROBLOT dans leur "Traité de Droit Commercial" sur la revente à leurs adhérents par les coopératives d'entreprise ou d'administration, revente que ces auteurs présentent comme un acte d'intermédiation relevant du mandat civil, ¹⁰⁰ opinion

⁹⁵ **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 46 n° 82.

⁹⁶ **J.J BURST** : <<le choix du lien unissant le groupement à ses membres>> "Services communs d'entreprises" Collection actualité du droit de l'entreprise p 50.

⁹⁷ Voir, dans le même sens : **M. BERNARD** Thèse citée p 280 n° 314.

⁹⁸ **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 46 n° 82.

⁹⁹ **Cour de Cassation chambre commerciale 23 Janv. 1961.** Bull. Civ. 1961 n° 47 p 41.

¹⁰⁰ **MM. RIPERT ET ROBLOT** <<Traité de Droit Commercial>> T 1 LGDJ 15ème édition 1994, n° 35.

que paraît, également, adopter M. FERRIER.¹⁰¹ D'autre part, s'agissant de coopératives, certaines jurisprudences récentes, statuant sur des problèmes variés, ont rappelé fermement le contexte particulier dans lequel baignent les relations entre la coopérative et l'adhérent, rappel qui fait écho, lui aussi, à cette discussion.¹⁰² On pourrait, donc, élargir considérablement le débat de la nature des rapports qualifiés de contractuels entre un regroupement à l'achat et ses membres. On peut, déjà, rebondir sur la discussion engagée par ces auteurs sur la qualification de vente dans le cadre d'une coopérative d'achat, en s'interrogeant sur la distorsion existant entre la nature commerciale du groupement d'achat effectuant, de manière habituelle et à titre de profession principale un acte de vente réputé acte de commerce, et son interdiction à générer des profits sur ses membres, faute d'aller à l'encontre de l'objet de la personne morale qu'il constitue. En effet, l'objet d'un groupement d'achat étant de permettre une économie pour ses membres, comme nous l'avons précédemment noté, tous agissements ayant pour conséquence de réaliser des bénéfices à leur détriment devraient être réputés contraires à cet objet et encourir la sanction prévue dans ce cas.¹⁰³ Cela paraît exclure que l'opération de vente intervenant entre le groupement et l'un de ses adhérents puisse générer d'autres bénéfices que ceux seulement nécessaires à son fonctionnement. On peut penser cette analyse, a fortiori, applicable aux coopératives puisque, ici, c'est leur statut légal qui exclut cette recherche de

¹⁰¹ **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 6 n° 8.

¹⁰² Cf. **M. Bernard SAINTOURENS** << Les sociétés coopératives de commerçants détaillants à l'épreuve du droit de la concurrence>> Dalloz Revue des sociétés 2003 p. 865. Note sous **Cour d'Appel de Reims, (1re sect. civ.), 5 mai 2003** SA Scapest et autres c/ SA Pontadis : "... la Cour d'Appel affirme sa position selon laquelle « le coopérateur n'est pas seulement un client de la coopérative de commerçants détaillants mais aussi et avant tout son associé ». C'est bien le particularisme de la situation d'associé-coopérateur qui est ici mis en avant. La juridiction d'appel ne manque pas de relever qu'au-delà de la simple fourniture de marchandises, l'intéressé retire de la coopérative des avantages plus largement liés à son activité, qu'il s'agisse des avantages tarifaires qu'elle obtient des fournisseurs, de l'accès aux filiales et aux services de la coopérative et de la participation à la répartition des excédents et des produits exceptionnels. Plus fondamentalement encore, la Cour d'Appel met en avant l'observation selon laquelle l'adhérent est conduit à participer de manière active au titre de l'affectio societatis au fonctionnement de la coopérative et de ses diverses commissions et organes de gestion. La relation de l'associé-coopérateur est donc prise dans toute sa dimension qui dépasse largement la simple relation de client à fournisseur. La décision ici analysée rejoint donc les précédents jurisprudentiels qui ont contribué à éclairer l'originalité de l'engagement au sein d'une société coopérative. On sait que la Cour de cassation a déjà pris position en estimant qu'il ne peut être substitué au lien coopératif un autre rapport de droit entre la coopérative et l'associé coopérateur et notamment un contrat de vente lorsque l'associé apporte à la coopérative sa production, comme par exemple dans le milieu viticole (**Cass. 1re civ., 13 février 2001**, Rev. sociétés 2001, p. 834, note B. Saintourens ; Bull. Joly 2001, p. 639, note P. G. Gourlay). De même, la Haute Juridiction a pu estimer que la coopérative n'était pas le mandataire de l'associé coopérateur lorsqu'elle agissait dans l'intérêt de ses adhérents ; un contrat de mandat ne se substitue pas au lien coopératif (**Cass. 1re civ., 15 janvier 2002**, Rev. sociétés 2002, p. 308, note B. Saintourens). S'inscrivant dans cette perspective qui tend à reconnaître au lien coopératif toute son originalité, la Cour d'Appel de Reims apporte sa contribution en décidant que la relation entre la coopérative et le coopérateur ne peut s'analyser en un rapport de fournisseur à client (V. déjà en ce sens, **T. com. Paris, 19 juillet 1995**, Dr. sociétés 1996, n° 68, obs. D. Vidal).".

¹⁰³ Voir, supra : n° 20.

bénéfice.¹⁰⁴

Cette hypothèse mérite, à notre sens, d'être développée.

B) Un problème toujours sensible

42. On le voit, la question de la juste qualification du contrat liant un groupement d'achat à ses membres, en cas d'approvisionnement direct par ce dernier agissant à la manière d'un grossiste, peut encore provoquer la discussion des années après qu'a été évoqué pour la première fois ce problème.

Il convient, donc, d'essayer de le clarifier au mieux. Cependant, quelles que soient les conclusions auxquelles nous conduira cette analyse, il convient de faire une première constatation d'importance pour notre sujet. Elle consiste à remarquer l'influence évidente que crée, sur l'environnement juridique des contrats employés, la situation économique et commerciale propre à l'opération d'approvisionnement dans la grande distribution. Que la discussion sur la qualité du contrat d'achat/vente aboutisse ou non, c'est le contexte particulier des opérations d'approvisionnement qui a provoqué cette discussion et cela, en soi, démontre son influence.

1) Un contexte particulier

43. Si on analyse plus profondément ce problème d'une qualification en vente du contrat d'approvisionnement entre un groupement à l'achat et ses membres, on constatera que :

- Certes, l'**article 1 a de la loi du 11 juillet 1972** codifié en l'**article L.124-1 1° du Code de commerce** vise, au titre de l'objet de telles coopératives de commerçants détaillants, le fait de : "*fournir en totalité ou en partie à leurs associés des marchandises denrées ou services...*" ce qui semble, a priori, n'interdire aucun type d'approvisionnement, fût-ce par un contrat de vente.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Voir, infra : n° 43.

¹⁰⁵ **M.FABRE** <<regroupements à l'achat : fonctionnement>> Jurisclasseur contrats- distribution fasc. 1121.doc p 4 n° 7 ; voir également **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 41 n° 74 et suivants.

- Cependant, il n'est pas certain que la notion de profit généralement associée aux opérations d'achat/vente soit présente en l'espèce, puisqu'en vertu des règles applicables aux coopératives, les sommes disponibles après imputation sur les excédents d'exploitation des versements aux réserves légales, peuvent être mises en réserves ou attribuées sous diverses formes aux seuls associés coopérateurs.¹⁰⁶ Les associations, comme on le sait, n'ont pas non plus vocation à générer des bénéfices qui ne sont, dans tous les cas, pas distribuables. Quant aux GIE, dont l'objet au titre de l'article 1 est de "... *faciliter ou de développer l'activité économique de leurs membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser de bénéfices pour lui-même.*" Leur statut légal exclut, également, la possibilité de réaliser des bénéfices sur leurs membres. Ce qui par ailleurs, en l'espèce, ne présenterait pas d'intérêt, ces bénéfices étant immédiatement répartis entre eux.

- Ces constatations ne sont pas nouvelles. PICQUET les avait déjà présentées pour les coopératives.¹⁰⁷ L'ambiguïté de la double qualité adhérent/client est néanmoins au cœur du problème, si l'on considère à l'instar de MM. HAMEL et LAGARDE que "*Tous les actes de spéculation ne sont pas des actes de commerce, mais que tous les actes de commerce supposent une intention de spéculation.*".¹⁰⁸ Peut-on alors qualifier de vente commerciale un transfert de propriété qui n'est pas destiné à générer des profits ? Il a été objecté à cette question, tout comme précédemment concernant celle du droit de disposition, que cela faisait "*fi, de la personnalité morale de la société.*".¹⁰⁹ Si nous avons approuvé cette objection concernant le droit de disposition, on ne peut que la réprouver concernant, ici, seulement la question de la qualification de l'acte, qui ne remet nullement en cause les capacités à contracter de la personne morale, mais s'attache exclusivement à la teneur d'un contrat pour lui dénier sa qualification apparente au profit d'une autre qu'il reste à déterminer. Les seules décisions de jurisprudence à avoir abordé ce problème, à notre connaissance, sont un jugement du **Tribunal de Commerce de la Seine du 12 mars 1912**, refusant de voir un caractère commercial dans un achat pour revente sans finalité lucrative,¹¹⁰ un jugement du **Tribunal de**

¹⁰⁶ Cf. **Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 14 et 15.**

¹⁰⁷ **PICQUET** <<Les sociétés coopératives d'achat en commun>> Thèse Paris 1941.

¹⁰⁸ **MM. HAMEL et LAGARDE** <<Traité de droit commercial>> Librairie DALLOZ Tome 1 n° 146.

¹⁰⁹ **M. BERNARD** thèse citée p 280 n° 314.

¹¹⁰ **Tribunal de commerce de la Seine 12 mars 1912** DP 1912.2.207.

Toulouse du 19 novembre 1957¹¹¹ et un ancien arrêt du **Conseil d'Etat du 26 janvier 1962**, qui ont refusé de voir le transfert à ses membres de la propriété de marchandises achetées par une coopérative comme une vente, en l'analysant comme une simple répartition.¹¹² Cette décision fut critiquée par BURST qui estima sans ambages : *"Le raisonnement du conseil d'état recèle sans nul doute, une erreur profonde. L'opération ne peut pas changer de nature selon qu'elle soit effectuée à prix coûtant ou au-dessus du prix de revient."* Certes, présentée sous cet angle, cette position de principe est parfaitement justifiée. Il est, par exemple, courant qu'un distributeur, pour attirer sa clientèle, vende à prix coûtant un ou plusieurs produits, sans que cela remette en question la qualification juridique du contrat de cession. Cette situation est pourtant distincte de la nôtre, dans la mesure où cette vente sans profits est isolée et ponctuelle dans l'activité du distributeur, qui reste de manière habituelle une activité de revente avec bénéfices. Dans notre cas de figure, cette cession sans profit consiste en l'activité habituelle du groupement, et c'est là que réside le problème.

2) Une cause particulière

44. On admettra facilement que l'activité normale d'un acheteur/revendeur consiste à générer des profits sur la revente.

Si cette activité de profit n'est pas l'objet de la structure de regroupement pratiquant l'achat pour revendre, c'est donc que l'objet réel de ce regroupement doit se trouver dans une autre activité. Cet objet est d'ailleurs connu, c'est l'approvisionnement de ses membres. Si donc, l'objet du contrat de revente que passe l'organe d'intégration reste une transmission de propriété, la cause de l'obligation de transmission de la propriété des produits qui en découle ne se trouve pas dans l'obligation de ses membres de payer le prix, mais essentiellement dans celle de pourvoir à leur approvisionnement. Il y a, alors, une dissociation évidente entre l'acte de cession qui, isolément, sera qualifié de vente, quelle que soit la hauteur de sa contrepartie, et le contexte contractuel dans lequel intervient cette cession. Comme l'a rappelé BURST, on se trouve, ici, dans la distinction qu'opèrent

¹¹¹ Gazette du Palais 1957 2 Répertoire universel de la jurisprudence. Voir, les commentaires de **M. BERNARD** thèse citée p 272 et du Professeur **SAINT-ALARY** RTDC 1958 p 115.

¹¹² **Arrêt du Conseil d'Etat 26 janvier 1962**. Voir, commentaires du Professeur **SAINT-ALARY** RDT Com. 1962 p 705 et 706 et de **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 41 n° 75 et suivants.

les civilistes entre "cause apparente" et "cause réelle" d'une obligation.¹¹³ Ici, la cause apparente du transfert de propriété par l'organe de regroupement vendeur est le prix que devra payer le distributeur-membre acheteur. Mais la cause réelle de la transmission du bien ne réside pas dans le prix, mais dans l'application des obligations statutaires, voire légales s'agissant d'une coopérative, d'approvisionner ses adhérents. On peut donc penser, qu'au même titre que l'absence d'un prix sérieux en matière civile a, depuis longtemps, été reconnue comme entraînant la nullité d'une vente, en l'absence d'une marge bénéficiaire, qui est l'essence d'une vente commerciale, le prix ne devrait pas être considéré comme sérieux au sens commercial du terme. Dans cette hypothèse, l'exemple du droit civil montre que l'acte ne se trouve pas nécessairement annulé si une autre cause, valable celle-ci, peut être trouvée à l'obligation du débiteur. Ce qui fait dire à M. GHESTIN que : *" La qualification inexacte d'un contrat peut être rectifiée même d'office par le juge, à partir d'une interprétation fondée sur la commune intention des parties. Cette nouvelle qualification de la convention fera apparaître sa cause réelle... "*.¹¹⁴ Il conviendrait d'adopter le même raisonnement pour notre cas. Cette remarque, concernant la cession de l'organe de regroupement à ses membres, peut être élargie à l'acte d'achat auprès des fournisseurs. Si cet achat est bien réalisé entre la structure de regroupement et les distributeurs concernés et présente donc tous les caractères d'un acte d'achat normal, on peut néanmoins penser cette qualification comme étant inappropriée. En effet, dans ce cas de figure, la cause apparente de l'obligation de la structure au paiement du prix se trouvant dans la transmission de propriété des produits, la cause réelle ayant motivé son engagement se trouve, de nouveau, dans la volonté d'approvisionnement de ses membres, volonté sans laquelle l'acte d'achat n'aurait pas eu lieu. L'appréhension aussi bien de l'acte d'achat que de l'acte de cession, par le regroupement, ne peut donc être dissociée du contexte dans lequel elle intervient, et c'est par rapport à ce dernier qu'il convient de leur donner une qualification. Si on analyse ce contexte on constate, donc, que l'organe de regroupement achète des produits pour en transmettre ultérieurement la propriété à ses adhérents, moyennant un contre-remboursement, moyen par lequel il prélève les sommes nécessaires à son fonctionnement si ses frais ne sont pas, par ailleurs, pourvus par des cotisations. La situation ainsi analysée apparaît, alors, beaucoup moins proche d'un contrat d'achat/vente que d'un contrat de commission.

¹¹³ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 940 n° 918 et suivants.

¹¹⁴ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 940 n° 918.

§2) Le "particularisme" des formules d'intermédiation

45. Le contexte spécifique de l'intégration à l'achat, dont on vient de voir qu'il peut entraîner une discussion quant à la réelle nature des contrats qualifiés de vente entre un regroupement à l'achat et ses adhérents, pèse également sur la perception des autres contrats, d'intermédiation cette fois, utilisés.

En effet, en ce qu'il intègre dans sa définition même une action qui se veut conjointe, le regroupement à l'achat ne peut que créer des liens de nature particulière entre les acteurs de cette action. Ces liens, plus ou moins ténus, se retrouvent nécessairement dans les contrats qui leur servent de support. On peut se demander, dans ce cas, quelle peut être l'influence des particularités induites par ce contexte de l'intégration à l'achat sur le régime juridique des contrats d'intermédiation utilisés, quand bien même elles resteraient compatibles avec leur nature. Il convient, pour cela, de distinguer d'abord quelles sont ces particularités (A), avant d'en tirer les éventuelles conséquences quant aux régimes juridiques applicables (B).

A) La reconnaissance de spécificités liées au regroupement à l'achat

46. On peut noter trois particularités nées de l'intégration à l'achat :

La première consiste en son objet qui est l'approvisionnement de ses membres. La seconde est celle de son contexte, car il s'agit de rapports entre professionnels. La troisième réside dans l'intérêt partagé de l'opération entre les différents contractants.

L'influence de ces particularités est inégale.

1) Des spécificités communes à l'intermédiation

47. Si la notion d'approvisionnement de ses membres par un regroupement à l'achat a pu entraîner, en raison des liens les unissant, notre précédente discussion quant à la nature réelle d'achat/vente du contrat utilisé, elle

ne paraît pas, en revanche, avoir d'influence particulière sur la nature des contrats d'intermédiation.

En effet, une fois écartée l'hypothèse d'un mode d'approvisionnement statutaire propre aux regroupements d'achat, l'appel à une prestation de service d'intermédiation, qu'elle intervienne ou n'intervienne pas dans le cadre de rapports de droit préexistants prévoyant son utilisation pour l'approvisionnement, ne change rien à la nécessité de rémunérer cette prestation. Cette rémunération pourra s'effectuer, soit par cotisation des membres, soit par rémunération ponctuelle de l'opération. Néanmoins, cette affirmation de l'indifférence des rapports unissant le regroupement à ses adhérents quant à la validité du contrat d'intermédiation choisi, doit être tempérée concernant le courtage. En effet, pour ce contrat, ce n'est pas l'existence ou non d'une possibilité de profit qui nous semble poser problème, mais plutôt le caractère d'intermédiaire indépendant que doit présenter le courtier, caractère qui n'est pas garanti si ce dernier n'est qu'une création du regroupement à l'achat.¹¹⁵ L'autre question que pourrait ouvrir cette notion d'approvisionnement, est relative au mandat et à la nature civile ou commerciale du contrat servant à sa réalisation. Cependant, nous connaissons déjà les conclusions d'une telle discussion que nous avons abordée précédemment et, sur laquelle, il est inutile de revenir.¹¹⁶ Il convient donc, plutôt, de s'attarder quelque peu sur les implications d'une particularité voisine, qui est : le caractère professionnel des liens unissant les protagonistes d'une telle intégration à l'achat.

48. En effet, si le contrat de commission et le contrat de courtage sont, pour leur part, déjà commerciaux et donc "professionnels", par nature,¹¹⁷ le mandat, à défaut de prendre un caractère commercial, reste néanmoins à titre onéreux, et l'organe d'intégration à l'achat peut, sans conteste, être qualifié de mandataire professionnel.¹¹⁸

Ce caractère professionnel des contrats d'intermédiation donne lieu à une rémunération, souvent calculée sur le chiffre d'affaires réalisé. Les modalités de son attribution peuvent varier :

- Soit, cette rémunération sera versée par les distributeurs membres à la structure de regroupement.
- Soit, comme cela arrive fréquemment, cette rémunération sera directement

¹¹⁵ Nous aurons l'occasion de revenir plus tard sur ce problème, lors de l'étude de l'application du courtage au référencement cf. infra n° 207.

¹¹⁶ Cf. n° 31.

¹¹⁷ Cf. **Article L 110-1 du Code de commerce.**

prélevée par la structure de regroupement sur les transactions réalisées, quand elle dispose, également, d'un mandat à l'encaissement des ristournes.

- Soit, cette rémunération sera individualisée sous forme d'une ristourne spécifique exigée du fournisseur, versée par ses soins ou directement prélevée par la structure de regroupement.

Cela suppose, dans certains cas, un effort de requalification. Il conviendra de déterminer, selon le contrat, s'il ne s'agirait pas, là, d'une ristourne accordée par le fournisseur au groupement ou à la centrale en compensation d'un quelconque service ou, au contraire, d'une ristourne au bénéfice de leurs membres. Dans cette dernière hypothèse, cette ristourne devrait, alors, suivre le régime des autres ristournes qui leur sont accordées, mais faire, par convention, objet d'une affectation spécifique au paiement du service d'approvisionnement qui a été rendu par la structure de regroupement à ses membres.

49. La dernière particularité de l'intégration à l'achat réside dans l'intérêt partagé que l'opération semble susciter pour chacun des cocontractants.

Cette particularité ne présente d'influence sur la nature des contrats d'intermédiation que pour le mandat, à travers la notion de mandataire d'intérêt commun ; faute que la jurisprudence en ait reconnu l'existence pour le contrat de commission.¹¹⁹ Cette notion, dégagée depuis longtemps par la jurisprudence,¹²⁰ implique une irrévocabilité relative de ce contrat dans l'hypothèse où le mandataire partage, avec le mandant, un intérêt personnel à la réalisation de son objet. Il s'agit donc d'un statut dérogatoire au droit commun du mandat qui prévoit, dans **l'article 2004 du Code civil**, une révocabilité ad nutum des mandataires alors que, dans le cas de l'irrévocabilité relative, celle-ci peut ouvrir droit à des dommages et intérêts. Cette faculté présente, bien entendu, assez peu d'intérêt dans le cadre d'un groupement d'achat, en raison de l'existence, pour les relations entre la structure de regroupement mandataire et ses membres, d'un lien statutaire qui prévaut sur le lien contractuel. Elle peut, en revanche, présenter un intérêt certain concernant les centrales d'achat, pour lesquelles ce lien n'est que contractuel.

Il convient d'approfondir la question de l'application de la qualification de mandataires d'intérêt commun aux structures de regroupements à l'achat

¹¹⁸ Voir, discussion supra p 47.

¹¹⁹ **Cour de Cassation chambre commerciale 10 Fev. 1970.** Bull civ.IV, n° 49.

¹²⁰ **Cour de Cassation Chambre civile 13 mai 1885.** DP 5. 1887 I 220.

2) Des spécificités propres au mandat

50. L'appel à la notion de mandataire d'intérêt commun, pour répondre aux spécificités de l'intégration à l'achat, a déjà été envisagé par la doctrine.

MM. FABRE et SALES voient ainsi un mandat d'intérêt commun dans le contrat de mandat passé entre la structure de regroupement à l'achat et ses membres au motif que : "*En achetant au nom et pour le compte de l'adhérent, le groupement à l'achat va obtenir une commission et l'adhérent obtiendra un bénéfice.*". ¹²¹ On peut cependant penser que ce cas de figure correspond plutôt à celui visé par l'**arrêt de la Cour de cassation 1ère chambre civile du 13 juin 1966** qui estime que "*... la stipulation d'un salaire ne suffit pas à faire considérer le mandat comme donné dans l'intérêt du mandataire.*". ¹²² L'objection selon laquelle la commission en question ne constituerait pas un salaire ne saurait être considérée comme valable. Comme nous l'avons noté précédemment, à partir du moment où l'opération d'approvisionnement est qualifiée de mandat, il n'y a pas, à proprement parler, de relations contractuelles entre la structure de regroupement et les fournisseurs, mais seulement des relations entre les distributeurs membres et les fournisseurs. Cela oblige, le cas échéant, à une requalification des ristournes affectées au regroupement qui ne peuvent être conçues que comme une rémunération indirecte du regroupement par les distributeurs membres, soit, un salaire correspondant à sa prestation de service de mandataire. L'existence de cette commission ne saurait, donc, d'après nous, justifier à elle seule la qualification de mandat d'intérêt commun. Plus convaincante serait la transposition de l'argumentation de la jurisprudence sur les agents commerciaux, qui soulignait le caractère d'intérêt commun du mandat de l'agent commercial. ¹²³ Position justifiée par le constat que : "*les agents commerciaux ont intérêt à conclure de multiples ventes pour le compte de l'entreprise mandante, car ils développent en même temps leur propre clientèle.*". ¹²⁴ On peut penser que les centrales d'achat ne se trouvent pas dans une situation différente, puisque le contrat d'affiliation permet d'augmenter leur puissance de négociation auprès des fournisseurs et, de ce fait,

¹²¹ **MM FABRE et SALES:** << Regroupements à l'achat : Fonctionnement >> Jurisclasseur contrat distribution Fascicule 1121 n°24.

¹²² **Cour de cassation 1ère chambre civile 13 juin 1966** n°359 publié au bulletin (disponible sur legisfrance.fr).

¹²³ **M. Gille ANDREO** <<Mandat commercial >> Jurisclasseur p 10 fasc. 460 n° 41.

¹²⁴ **Cour de Cassation chambre sociale 26 février 1958** D 1958. Note M. Vidal. C'était avant qu'un statut particulier ne leur soit reconnu par le **décret du 23 décembre 1958** dans son article 3.

leur compétitivité. Ces considérations devraient, donc, permettre de retenir la qualification de mandat d'intérêt commun pour les contrats d'affiliation passés sous cette forme. En revanche, même dans l'hypothèse où l'on pourrait trouver quelques intérêts à une application de cette notion pour les groupements d'achat, on pourrait hésiter pour sa réalisation en l'espèce. En effet, l'objectif d'un développement de leur clientèle n'est pas probant, celle-ci étant composée de leurs membres et leur but n'étant pas de réaliser des bénéfices. L'intérêt d'une telle qualification apparaît d'ailleurs bien moindre pour ces entités, puisque la rupture du contrat "d'approvisionnement" donnerait lieu à application des règles statutaires plutôt que contractuelles.

51. Ces considérations nous conduisent, logiquement, à nous interroger également sur les conjonctions pouvant exister entre un regroupement à l'achat, agissant en mandataire reconnu d'intérêt commun, et les caractères distinctifs des agents commerciaux que la jurisprudence, puis la loi, ont reconnus comme mandataires d'intérêt commun particuliers.

On constate, dans ce sens, que les termes de la définition de ***l'article 1er de la loi du 25 juin 1991***, qui a donné ***l'article L. 134-1 du Code de commerce*** semblent permettre d'envisager que les regroupements à l'achat, utilisant cette technique d'approvisionnement du mandat, puissent être qualifiés d'agents commerciaux. Cet article décrit l'agent commercial comme un *"... mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services est chargé de façon permanente de négocier, et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale."*¹²⁵ Cette définition qui englobe une mission de négociation et une mission de conclusion de contrats d'achat pour le compte de commerçants, semble parfaitement rendre compte de l'activité d'une structure de regroupement à l'achat mandataire.¹²⁶

¹²⁵ **Article 1er de la loi du 25 juin 1991** issue de la mise en conformité des statuts d'agences commerciales du décret du 23 décembre 1958 et de la directive communautaire du 18 décembre 1986, **codifié sous l'article L.134-1 du Code de commerce.**

¹²⁶ Voir, dans ce sens : **M.Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** Jurisclasseur Contrats – Distribution Fasc. 1121 <<Regroupements à l'achat. – Relations juridiques. – Organisation des relations>> n°29 " *Cette qualification de mandat d'intérêt commun permet même sous certaines conditions de forme de bénéficier du statut d'agent commercial prévu dans la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce (il faut noter que cette qualification ne peut pas servir aux coopératives qui sont soumises à des dispositions législatives particulières).* "

B) Des spécificités affectant le régime juridique des intermédiations

52. Les termes de la définition de l'**article 1er de la loi du 25 juin 1991** sont suffisamment en phase avec ce que l'on sait des activités d'une structure de regroupement à l'achat mandataire, pour mériter de s'interroger plus profondément sur sa compatibilité avec le statut de l'agent commercial.

Plus généralement, la question encore largement ouverte de la nature du référencement et de son acteur principal qu'est le référenceur, oblige à évoquer la possibilité d'extension de ce statut à toutes les manifestations de cette nouvelle formule d'approvisionnement.

1) Un nouveau régime applicable au mandat

53. Si l'on compare les situations nées d'un mandat dans le cadre d'un référencement avec celles propres à un agent commercial, on constate, en premier lieu, que contrairement à celle d'un agent commercial, l'activité d'une structure de regroupement mandataire n'est pas permanente.

Cependant, on peut penser que cette exigence de l'**article L. 134-1 du Code de commerce** recouvre, en fait, la nécessité d'une activité continue dans le cadre de la durée du contrat qui la prévoit, ce qui pourrait s'accorder avec à notre hypothèse d'un référenceur mandataire. Cette applicabilité du statut d'agent commercial aux structures d'intégration à l'achat, se trouve confortée par deux dispositions de l'**article 1er de la loi de 1991** :

- La première est une confirmation d'un **arrêté du 22 août 1968** permettant l'accès des personnes morales à ce statut d'agent commercial.

- La seconde est, par opposition à l'**ancien article 4 du décret de 1958**, la non subordination dans la loi de 1991 "*...du statut d'agent commercial à l'accomplissement d'une quelconque formalité administrative*". Monsieur FERRIER en tire la conséquence générale "*...d'un élargissement de l'application territoriale du dispositif...*" ¹²⁷ mais, pour notre cas particulier, cela implique, également, qu'une personne morale non spécifiquement déclarée comme "agent commercial", mais agissant comme tel au titre de l'**article 1er de la loi de 1991**, puisse recueillir ce

caractère.

Si l'on ajoute à cela que l'existence d'un écrit mentionnant la qualité d'agent commercial n'est pas exigible, au sens littéral de **l'article L 134-2 du Code de commerce** issu de **l'article 2 de la loi de 1991**, rien ne s'oppose, donc, à ce qu'un organe d'intégration à l'achat recevant par mandat mission de pourvoir à l'approvisionnement de ses membres, puisse être qualifié d'agent commercial.¹²⁸

De fait, l'applicabilité de ce statut s'apprécie in concreto.¹²⁹ A ce titre, il y a encore une disposition de ce régime qui peut interpeller, quant aux situations rencontrées dans l'étude d'une telle structure de regroupement agissant comme mandataire de ses membres, c'est la délimitation des obligations en terme d'activité d'agent commercial des personnes concernées. L'exigence en la matière semble être, en effet, liée au caractère permanent et indépendant de l'activité et non à son caractère principal ou accessoire.¹³⁰ Cette disposition est d'importance, puisque l'observation des grands groupes de distribution révèle une multiplicité de métiers parallèles à celui de groupement ou de centrale d'achat, et même, concernant cette seule fonction, l'importance des obligations annexes en terme de stockage d'aide à la gestion et autres, ne garantit pas nécessairement le caractère principal de l'activité d'approvisionnement.

54. Il est un point, cependant, qui pourrait poser problème : c'est l'exigence posée par **l'article L 134 alinéa 2 du Code de commerce** d'une "obligation de loyauté".

Cette obligation, pouvant aller jusqu'à une exclusivité,¹³¹ peut paraître incompatible avec le fondement même d'un regroupement à l'achat, précisément amené, par nature, à représenter un grand nombre de mandants. Cependant, cette obligation doit plutôt se concevoir comme le prolongement de l'exigence que ses diverses activités de mandataire ne soient pas incompatibles entre-elles.¹³² En effet, d'une part, la possibilité d'une représentation de nouveaux mandants est

¹²⁷ Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 99 n° 196.

¹²⁸ **L'article L 134-2 du Code de commerce** dispose : "*Chaque partie a droit sur sa demande, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence y compris celui de ses avenants.*" On peut déduire de la formulation de cet article que si un tel contrat est exigible par chaque contractant, c'est qu'à contrario il n'est pas exigé pour l'applicabilité du statut d'agent commercial. Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 98 n° 195.

¹²⁹ **Cour de Cassation 10 décembre 2003** : "*L'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée.*" Dalloz 2005 pan.150 note M.Didier FERRIER ; Dalloz 2004 AJ 210 obs. M.CHEVRIER.

¹³⁰ Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 94 n° 187, 188 et 192.

¹³¹ Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 101 n° 208.

prévue expressément par l'**article L 134-3 du Code de commerce** ; d'autre part, la représentation d'une entreprise concurrente en cas d'accord de son premier mandant est également envisagée dans ce même article **L 134-3**.¹³³ La jurisprudence précise, même, que cette acceptation peut être tacite, sous réserve que le mandant ait été informé de l'activité concurrente.¹³⁴ On peut donc en déduire que cette jurisprudence devrait, a fortiori, permettre de valider une même acceptation tacite d'une activité concurrente des organes d'intégration à l'achat, dans un mandat dans lequel par l'addition volontaire de leur puissance d'achat, les distributeurs mandants sont plus alliés que concurrents. Cette conclusion entraînerait l'application aux structures de regroupement à l'achat, du régime protecteur de cette loi en terme, notamment, de rémunération et d'extinction du contrat.¹³⁵

2) Un régime commun à l'intégration à l'achat ?

55. Qu'en est-il de ce statut au regard des autres contrats d'intermédiation ?

On constatera, premièrement, qu'en raison de la formulation de l'**article L 134-1 du Code de commerce** qui qualifie expressément l'agent commercial de mandataire, il paraît difficile d'assimiler à cette catégorie particulière d'intermédiaires, un courtier, à qui, certes, la souplesse du statut permet d'agir de temps à autre en mandataire, mais dont ce n'est pas la vocation et qui ne saurait exercer cette fonction à titre permanent. En ce qui concerne une structure de regroupement commissionnaire, même si l'on fait abstraction du terme précis de mandataire employé par l'article **L 134-1 du Code de commerce**, en raison des similitudes relevées entre les deux statuts de mandataires et de commissionnaire, son activité ne semble pas non plus pouvoir être qualifiée "d'agence commerciale". En effet, cet article prévoit expressément la faculté pour l'agent commercial « ...*de négocier, et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs,*

¹³² Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 101 n° 206 et 207.

¹³³ **Article L 134-3 du Code de commerce** : "*L'agent commercial peut accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants. Toutefois, il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier.*". Voir, sur cette question : **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 101 n° 207.

¹³⁴ **Cour d'Appel de Bordeaux 4 décembre 1969**. Gazette du Palais 1970, 1, 27.

d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux» Or, dans le cadre d'un contrat de commission, les contrats conclus par le commissionnaire le sont pour le compte de son commettant, certes, mais en son propre nom, et cette disposition n'est pas facultative, mais obligatoire.¹³⁶

56. En revanche, on pourrait s'interroger sur la possibilité d'application de ce statut à une structure de regroupement agissant comme référenceur.

En effet, si l'on fait abstraction dans l'immédiat de la qualification de mandataire de l'agent commercial, les dispositions de l'**article L 134-1 du Code de commerce** qui visent notamment une action de négociation et éventuellement de conclusion de contrats de vente, d'achat de location ou de prestation de services pour le compte de commerçants, n'apparaissent pas incompatibles avec la définition sur laquelle se sont accordées la doctrine et la jurisprudence pour qualifier un référencement.¹³⁷ De la même façon, le fait que ce même **article L 134-1** exige que les agents commerciaux agissent de manière permanente à titre de profession indépendante, est parfaitement compatible avec la situation d'une structure de regroupement vis à vis de ses membres. Il s'ensuit que, l'applicabilité d'un statut d'agent commercial à une structure d'intégration à l'achat agissant comme référenceur reste subordonnée à une analyse approfondie de la seconde phase de l'opération de référencement, c'est-à-dire, au référencement lui-même. Cette analyse reste seule à même de déterminer si le référenceur agit comme un mandataire, et s'il vise effectivement à "*...négocier, et, éventuellement, conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services..*", au sens de cet **article L 134-1 du Code de commerce**.¹³⁸

Cependant, avant de pouvoir aborder ces questions, il convient d'approfondir encore notre connaissance de cette relation commerciale.

¹³⁵ Voir, sur ce point : **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 103 n° 214 et suivants, p 106 n° 219 et suivants.

¹³⁶ Voir, dans ce sens : **Cour d'Appel Paris 20 novembre 1963** RTD Com. 1964. 136, observations HEMARD.

¹³⁷ Définition que nous avons résumée en : "*La négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres.*" Cf. Supra : n° 36.

¹³⁸ Cette qualification d'agent commercial a déjà été appliquée par la jurisprudence à une structure de référencement. Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 14 mars 2000** société Arco contre Société Soreau (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr). C'est également cette qualification qui a été donnée par le Conseil de la Concurrence à la centrale de référencement "Opéra" formée un temps entre les groupes Casino et Cora. Cf. **Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003** relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.

Conclusion du chapitre 1

57. Nous avons essayé de démontrer, dans ce premier chapitre, que le référencement n'est pas le fruit d'un hasard de la pratique commerciale, mais que c'est l'aboutissement volontaire, à défaut d'être préconçu, d'une démarche économique des acteurs de la distribution pour développer leur activité et leur profit.

Cette démarche s'est faite dans deux sens : la recherche d'une force de négociation commerciale suffisante pour contrebalancer celle des producteurs, et la recherche des outils contractuels permettant l'utilisation optimale de cette puissance de négociation commerciale. A ce titre, la genèse du référencement est indissociable de celle de l'intégration à l'achat. Il est, ainsi, significatif d'observer que plus évolue le regroupement des forces de distribution, plus sont substituées à la formule traditionnelle de l'achat/vente et du grossiste, les formules d'intermédiation. Les raisons en sont doubles :

- d'une part, elles permettent par leur souplesse d'augmenter la rapidité des échanges et d'en diminuer le coût,
- d'autre part, elles permettent de fédérer plus facilement la puissance d'achat, en diminuant les charges et le formalisme nécessaire à sa constitution.

Ce constat explique notre titre pour ce chapitre : **l'expression d'un besoin de la pratique commerciale**. Il s'agit, ici, d'un besoin de développement qui implique un mode de fonctionnement souple et rapide, dont le référencement est l'aboutissement, mais dont les conséquences se faisaient déjà sentir dans une "distorsion" des contrats existant. Le danger de cette évolution, outre l'impact économique parfois négatif qui a pu lui être reproché, repose sur une tendance, parallèle, à s'affranchir de la règle au profit de l'efficacité. C'est tout le génie du droit, et le propos de notre étude, de voir comment cette tentative a avorté, comment cette pratique a été circonscrite, puis réglementée, et enfin, intégrée dans le corpus des techniques contractuelles applicables à la grande distribution.

Chapitre II : L'affirmation de la nature contractuelle du référencement

Introduction

58. La présentation qui vient d'être faite du contexte économique et commercial ayant donné naissance à la relation de référencement ne correspondait pas qu'à une volonté introductive ; elle était indispensable pour mesurer à quel point cette relation n'est pas le fruit d'un hasard, dû à la répétition de coutumes commerciales, mais bien la conclusion d'une évolution logique de pratiques réfléchies, en fonction de conditions économiques précises.

Cette étude de la genèse du référencement démontre, également, que cette relation s'inscrit dans une volonté d'émancipation des contraintes du droit par les acteurs économiques ; volonté d'émancipation déjà presque naturelle, s'agissant de ce domaine d'activité, mais encore exacerbée, aujourd'hui, par des contraintes économiques de plus en plus importantes. Cette volonté d'émancipation s'est traduite par une dissolution des liens de droit traditionnels de l'intermédiation, au profit d'une relation qui ne se voulait, au départ, qu'économique et commerciale et non pas juridique. La présentation initiale de cette relation par les premières entités commerciales mises en cause évoque, d'ailleurs, l'établissement de simples listes de références de produits ; d'où la qualification de référencement adoptée, à terme. Il y avait là, manifestement, la volonté de création d'un espace où les seules règles économiques avaient droit de cité, oubliant que le droit, lui aussi, possède une dynamique propre qui lui permet de s'immiscer dans les situations les plus informelles pour leur donner un cadre dans lequel elles pourront croître ; faculté lui permettant, comme en l'espèce, de régenter une situation nouvelle. Dans un cas semblable, deux questions viennent spontanément à l'esprit : comment le droit va-t-il appréhender le phénomène ? Et, est ce que le droit va le considérer comme étant licite ? C'est à ces deux questions difficiles, mais fondamentales, qu'il nous faut à présent répondre, successivement, dans notre première, puis, notre seconde section.

Section I : Une difficile appréhension juridique

59. La première réflexion qui vient à l'esprit, quand on décrit le référencement en tant que nouvelle formule d'approvisionnement, c'est son caractère complexe ; caractère issu de ses différentes phases, du mode tripartite de ses relations, et de la diversité de nature de ses acteurs.

Face à cette situation, il est fondamental de déterminer comment le droit positif a réussi à "appréhender", au sens étymologique du terme, cette relation. Il s'agit donc ici, bien avant la question de la recherche du régime juridique applicable, de définir comment le droit positif s'est "saisi" de la relation, comment il l'a "capturée" afin de l'intégrer dans le corpus des règles applicables ; que ce soit par la qualification des relations mises en œuvre ou la mise au point d'un régime spécifique. Le point fondamental, en ce sens, a été la contractualisation du phénomène que les acteurs souhaitaient ne faire apparaître qu'en tant que simples négociations commerciales, exclusives de conséquences juridiques. Nous verrons ainsi que, malgré la complexité des situations observables, peuvent être extraits du référencement les caractères fondamentaux d'un contrat (§1). Cette nature contractuelle impliquant sa soumission au droit commun issu de ***l'article 1108 du Code civil*** (§2).

§1) Un ensemble conventionnel composite

60. L'avantage commercial que peut représenter la souplesse d'une relation de référencement n'en est, certes, pas un pour le juriste, confronté à une pluralité de situations qu'il cherche à analyser à la lumière de ses concepts.

Or, l'appréhension par le droit positif d'une relation nouvelle, suppose que soient opérées un certain nombre de vérifications et constatations fondamentales, permettant une détermination au moins sommaire de sa nature juridique, avant que puisse être étudié le régime qui lui serait applicable. La première étape de cette analyse passe alors, nécessairement, par une classification des situations observées, étrangères au droit commun, qui semblent se rattacher au phénomène étudié. Cette classification ayant déjà été commencée en son temps par les "découvreurs" de cette nouvelle technique d'approvisionnement c'est, naturellement, en marchant sur leurs traces et se basant sur leurs premières constatations et conclusions, que nous présenterons cette première étape dans notre (A). La seconde étape de l'analyse consiste à découvrir l'éventuel élément fondamental, ou dénominateur commun, qui différencie la relation observée d'autres relations connues, puis d'en étudier les caractères, pour en tirer des enseignements sur sa nature juridique. Là encore, cette analyse ayant été faite en son temps par les premiers auteurs s'étant penchés sur cette relation, nous nous appuyerons sur les études réalisées pour aboutir à la même conclusion qu'il s'agit bien d'une relation contractuelle dans notre (B).

A) Une souplesse commerciale compliquant l'analyse

61. Complexe, la situation née du référencement l'est, nécessairement, par l'étendue des possibilités qui peuvent naître de ses caractéristiques observables ; possibilités de variations que seule l'imagination des contractants limite.¹³⁹

Complexe, la situation de référencement l'est, également, en raison des interactions possibles entre les différentes relations bipolaires établies. En sens contraire, ces caractères facilitent l'appréhension de la relation dans le droit positif, dans la mesure où ils représentent un premier critère commun différenciant le

référencement d'autres situations juridiques connues.

1) Deux situations extrêmes et une pluralité de variations

62. Le référencement pose d'emblée un problème de description, dans la mesure où il est polymorphe.

Pour s'en tenir à une première description émanant de l'ouvrage de MM. FABRE et SALES et communément admise par les auteurs, il conviendrait de distinguer deux formes de référencement : Le "**référencement ouvert**" et le "**référencement fermé**". ¹⁴⁰

- Le "référencement ouvert" serait ainsi caractérisé par une simple négociation des conditions de vente par le regroupement à l'achat, indépendamment de tous engagements de sa part et de celle de ses adhérents en matière d'achat, dont le corollaire serait la liberté pour le fournisseur de révoquer son "offre". ¹⁴¹

- Le "référencement fermé" impliquerait, au contraire, que l'adhérent soit contraint à un certain choix parmi les fournisseurs référencés, à une certaine obligation d'achat, tandis que le fournisseur se verrait, pour sa part, obligé à maintenir son offre pendant un temps déterminé. ¹⁴²

L'appel aux termes "ouvert" et "fermé" décrit, donc, un degré de liberté contractuelle différent par rapport au but de l'opération qu'est la conclusion de contrats d'achat/vente entre fournisseurs référencés et distributeurs membres. Le

¹³⁹ On fait référence, ici, à ses différentes phases, le mode tripartite de ses relations, et la diversité de nature de ses acteurs. Cf. p 50 et suivantes.

¹⁴⁰ **MM.FABRE et SALES** : <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 42 n° 30. Voir, dans le même sens : **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX p 165 ; **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité. Voir, en sens contraire : **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 198 n° 394, qui conteste la qualification de référencement fermé pour n'y voir qu'un simple contrat de fourniture.

¹⁴¹ **MM.FABRE et SALES** : <<Les regroupements à l'achat>> LITEC 1984, précité, p 42 n° 30 "*Dans le référencement ouvert, les regroupements agissant en direct n'entendent pas forcément promettre au fournisseur un certain chiffre de vente, ces derniers l'entendent également de la sorte et se considèrent pareillement libres de révoquer leurs offres avantageuses.*".

¹⁴² **MM.FABRE et SALES** : <<Les regroupements à l'achat>> LITEC 1984, précité p 43 n° 30 "*Dans le référencement fermé au contraire, l'adhérent perd une partie de sa liberté, il a moins le choix parmi les fournisseurs, il peut être tenu même à réaliser un certain volume d'achat...En contrepartie, le fournisseur va fixer par contrat ses conditions et les maintenir pendant un temps donné, en général une campagne.*".

LE REFERENCEMENT

référencement ouvert laisse toute latitude aux parties de contracter, ou pas ; le référencement fermé, au contraire, tend à rendre obligatoire la relation d'achat/vente. Cette distinction, si elle ne permet pas d'englober la totalité des obligations réciproques et contrats annexes forgés par la pratique, constitue cependant une approche fondamentale du phénomène, dans la mesure où elle en présente les deux extrêmes. Le référencement se caractérisant, matériellement, par la négociation de conditions de vente par la structure de regroupement et la possibilité, pour ses membres, sur cette base, de s'approvisionner auprès des fournisseurs référencés, cette situation juridique oscillera nécessairement entre deux pôles : une complète liberté de conclure des contrats d'achat/vente et une certaine obligation à les conclure.¹⁴³

63. A partir de ces configurations de base que peut présenter le référencement, vont se greffer un certain nombre de variations qui vont venir compliquer son étude, sous formes de clauses particulières ou de contrats annexes.

- Ces variations peuvent, tout d'abord, consister en un aménagement des configurations de base de cette relation juridique, créant des relations hybrides.

Une première mutation du référencement, par rapport à cette distinction fondamentale, peut être observée dans les obligations pesant sur les fournisseurs. Ainsi, beaucoup des contrats dits de référencement passés entre les organes d'intégration à l'achat et les fournisseurs contiennent, comme obligations habituelles du référencement pesant sur ces derniers, non seulement celle de produire une offre, mais aussi, celle de la maintenir pendant un temps donné puis d'effectuer les ventes nées de son acceptation ; sans pour autant que pèse sur le regroupement à l'achat une quelconque obligation.¹⁴⁴ De la même manière, l'appréhension du phénomène est rendue plus difficile par l'existence, dans une majorité de référencements modernes, d'obligations diverses pesant sur l'organisme référenceur et dont l'étendue varie :

- Il s'agit, généralement, de faire connaître aux distributeurs référencés l'offre des fournisseurs ou/et de favoriser les offres des fournisseurs auprès des

¹⁴³ Voir, dans ce sens, les développements de **M. Jacques VIGNY** dans << LA DISTRIBUTION Structures et pratiques >> DALLOZ 1994 p 75 et suivante.

¹⁴⁴ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 23 octobre 1990** Bulletin 1990 IV N° 257 p. 180. Semaine juridique, Edition entreprise, 1991-10-24, n° 212, note G. HEIDSIECK. **Décision du Conseil de la Concurrence n° 99-D-01 du 5 janvier 1999** relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Distri club médical.

distributeurs.¹⁴⁵

- Certains contrats vont jusqu'à convenir d'une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses membres.¹⁴⁶

- D'autres encore mettent au point un système quelconque de garantie, par la structure de référencement, des contrats de vente conclus entre les fournisseurs référencés et les distributeurs membres.¹⁴⁷

En contrepartie, on observe également, cette fois pesant sur les fournisseurs, une obligation de versement d'une ristourne distincte de ses conditions générales de vente, parce que non destinée aux distributeurs membres mais directement à l'organisme référencier, ristourne que la pratique nomme "**commission de gestion**".¹⁴⁸ Cette dernière est généralement calculée sur un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé entre fournisseurs référencés et distributeurs membres, cette assiette étant une pratique courante liée à des considérations de sécurité commerciale pour le regroupement.¹⁴⁹

- A côté de ces opérations admises comme contrepartie à la commission de gestion perçue, une multitude de prestations annexes peuvent également être proposées ou négociées par le référencier.

Par exemple, le principe d'une centralisation par la structure de regroupement à l'achat d'une ou plusieurs opérations induites par la phase d'achat/vente est fréquemment inclus dans le référencement :

¹⁴⁵ Cf. **Tribunal de commerce de Paris 28 septembre 1988** affaire Mustering international c/ Sté Atelier Chauvin Lettre de la distribution 1988. 10. Observations de **Mme SELINSKY** PA 28 octobre 1988 n° 130 p 6. Voir, également, le contrat de référencement de la centrale : **Fondation Rhône Alpes Futur**, 89, rue Bellecombe – 69003 LYON. (Annexe 2).

¹⁴⁶ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1996** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr). Voir, en sens contraire : **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1991**, Bulletin 1991 IV N° 183 p. 130.

¹⁴⁷ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 25 octobre 1994** (Bulletin 1994 IV N° 317 p. 257) Sommaire : Dalloz 1997 p. 64 ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 3 janvier 1995** (Bulletin 1995 IV N° 5 p. 5) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 10 juin 1997** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 17 février 1998** (4 Arrêts, disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mars 2000** (3 Arrêts, disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 11 décembre 2001** (2 Arrêts, disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 20 mai 2003** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Autorité de la Concurrence, Décision n° 11-D-03 du 15 février 2011** relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais.

¹⁴⁸ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1991** Société MARS contre SOPERGROS Bulletin 1991 IV N° 196 p. 139 ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mars 2000** (3 Arrêts, disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr). Voir, également, le contrat de référencement de la centrale **Fondation Rhône Alpes Futur**, 89, rue Bellecombe – 69003 LYON. (Annexe 2).

LE REFERENCEMENT

- il peut s'agir d'une centralisation des commandes de ses membres,
- des factures émanant des fournisseurs,
- des ristournes accordées par ces mêmes fournisseurs,
- des règlements émanant des adhérents.

Nous qualifierons ces pratiques de "centralisation des achats".¹⁵⁰ Ces prestations peuvent également concerner les conditions d'approvisionnement :

- il peut s'agir d'une simple aide au transport,
- de la gestion des stocks et la ventilation des marchandises,
- d'une véritable cogestion de l'approvisionnement.¹⁵¹

2) Quatre formules principales

64. Ces variations affectant les configurations de base du référencement peuvent exister à toutes les étapes de la négociation commerciale.

Que ce soit lors de ce que la pratique commerciale appelle parfois le "premier référencement" - qui est le référencement pratiqué au plus haut degré de regroupement à l'achat et de regroupement des fournisseurs et qui opère, géographiquement, à un niveau national, européen, voire international - jusqu'à l'éventuel référencement pratiqué localement ; en incluant, le cas échéant, des niveaux intermédiaires.¹⁵² La question que l'on peut se poser est de savoir si ces

¹⁴⁹ Cf. **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. Intervention de **M.MARMANT**, p 10 ; **M.SORIA** <<centrales et groupements d'achat >> Encyclopédie Dalloz Commercial, p 3 n° 26.

¹⁵⁰ Voir, pour un exemple concret, l'article 5 traitant de la Gestion des commandes et de la facturation du contrat d'adhésion à la **CRIC : CENTRALE DE REFERENCEMENT ET D'INFORMATIONS COMMERCIALES** BP 30713 - 03000 AVERMES -SARL : "*L'Adhérent passera commande directement auprès des fournisseurs sélectionnés, réceptionnera les produits ainsi commandés. Les commandes sont fermes et définitives pour les adhérents. Ils ne peuvent donc ni les annuler, ni refuser la livraison. Les marchandises restent la propriété du fournisseur et seront livrées directement par celui-ci selon les conditions fournies CRIC conformément aux accords passés avec les fournisseurs par contrat. Les fournisseurs factureront CRIC qui réglera la facture comme il aura été convenu entre eux. CRIC facturera pour le compte des fournisseurs les produits ainsi acquis à l'adhérent qui s'engage à les lui régler aux termes convenus.*" (Annexe 1).

¹⁵¹ Cf. Supra : n° 22.

¹⁵² Cf. **Mmes FERRY et MOMEGE** <<l'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?>> JCP entreprise 1985 II 1441 p 166. Voir également l'article de **SYLVIE LEBOULENGER** paru sur LSA.fr le magazine en ligne de la grande distribution le 02 juillet 2009 : "*Chez Carrefour, c'est sur les synergies à l'échelle européenne qu'on essaye désormais de*

LE REFERENCEMENT

variations peuvent remettre en cause la distinction entre référencement ouvert et référencement fermé. Si l'on se base sur le critère ayant donné lieu à cette distinction, c'est-à-dire le degré de liberté contractuelle par rapport au but de l'opération qu'est la conclusion de contrats d'achat/vente entre fournisseurs référencés et distributeurs membres, on constate :

- En premier lieu, que la modification des termes de l'engagement des fournisseurs concernant le maintien de l'offre, tend à modifier les conditions de la relation dans le sens d'une obligation de vente pesant sur ces derniers. On ne se trouve donc plus vraiment dans le cadre d'un référencement ouvert, tel que l'ont décrit MM. Fabre et Sales.

- En second lieu, que certaines obligations pesant sur la structure de référencement visent à pousser à la réalisation des contrats d'achat/vente entre fournisseurs et distributeurs. Par voie de conséquence, sauf à dénier toute efficacité à ces obligations, on doit considérer que le référencement, ainsi conçu, ne constitue pas un référencement ouvert. Cependant, il n'est pas pour autant un référencement fermé, dans la mesure où les fournisseurs restent encore libres de s'approvisionner ou non. Le degré de cette liberté dépendra des moyens d'action et de la volonté d'action de la structure d'intégration à l'achat. Il semble, donc, à ce stade de notre raisonnement, qu'il convienne au moins de distinguer non pas deux, mais quatre formules de référencement :

- Une première, celle que MM. FABRE et SALES ont qualifiée de "**Référencement ouvert**", correspondant à une offre des fournisseurs sans engagement de part et d'autre en terme d'achat/vente.
- Une seconde, que l'on peut qualifier de "**référencement semi-ouvert**", où le fournisseur référencé s'engage à maintenir les conditions de vente consenties durant un temps donné, sans pour autant que les distributeurs ou le regroupement s'engagent en terme d'achat.

travailler. « Avec les grands fournisseurs, Carrefour mise sur des achats communs aux pays du G4, qui regroupe la France, l'Italie, l'Espagne et la Belgique, indique un responsable des achats de Carrefour. Mais ce n'est pas si facile, car les logiques de marché sont différentes et les industriels veulent des contreparties qui ne sont pas forcément intéressantes, comme de vendre des références peu adaptées à certains pays. » « Les centrales essaient de maximiser les négociations en traitant au niveau international ce qui peut l'être, tels les niveaux de coopération puis, dans un second temps, national », explique M.BERNARD Ouriou, cofondateur de Kepler, le cabinet spécialisé dans l'optimisation de la performance opérationnelle. ».

Pour un exemple jurisprudentiel : **Décision n° 05-D-62 du 10 novembre 2005** relative à des pratiques mises en oeuvre par la centrale Lucie " *Comme chez Leclerc, il existe trois niveaux de référencement chez Système U : le premier au niveau de la centrale nationale pour les produits du tronc d'assortiment commun (TAC) réputés incontournables ; le deuxième, au niveau régional, concernant les produits du complément d'assortiment régional (CAR); enfin le troisième relatif aux produits du*

- Une troisième, dans laquelle, parallèlement aux obligations en terme de maintien des conditions de vente pesant sur le fournisseur référencé, peuvent être caractérisées certaines obligations du regroupement référenceur tendant à favoriser la conclusion des contrats d'achat/vente. Le qualificatif de "**référencement semi-fermé**" pourrait servir à répondre à ce cas de figure.
- Une quatrième, enfin, qui est l'hypothèse du "**référencement fermé**", où pèse également sur les fournisseurs une obligation en matière de maintien des conditions générales de vente, mais où les distributeurs membres s'engagent, corrélativement, à une certaine obligation d'achat.

B) Une relation contractuelle polymorphe

65. Si l'on veut répondre aux nombreuses interrogations que soulève la nature juridique de cette relation polymorphe entre les fournisseurs et la structure d'intégration, afin d'en mener l'analyse approfondie, il convient de commencer par des questions fondamentales.

La première est celle de sa qualification en tant que contrat, la seconde est celle d'une détermination précise de ses variations. Le "référencement ouvert", dans la mesure où il constitue l'état minimum des obligations des parties issues de cette relation, forme une base de départ logique pour tenter de répondre aux problèmes posés par la nature contractuelle du référencement.

1) Une essence contractuelle

66. Le "Référencement ouvert" se caractérise par une totale liberté des distributeurs membres du regroupement à l'achat de conclure les contrats d'achat/vente et, parallèlement, la même liberté pour les fournisseurs de retirer les conditions de vente qu'ils ont consenties lors de la négociation avec le regroupement.

La question que pose immédiatement cette relation juridique minimale est de savoir

complément d'assortiment local (CAL) achetés directement par le magasin.". Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2006, comm. 7 Mme Marie MALAURIE-VIGNAL.

ce qui la distingue de simples pourparlers débouchant sur une offre.

- Y a-t-il, d'abord, offre ?

C'est ainsi que sont qualifiées par MM. MM. FABRE et SALES, inventeurs de cette notion de "Référencement ouvert",¹⁵³ les conditions de vente négociées avec les fournisseurs et présentées à leurs membres par le regroupement à l'achat. C'est ainsi, également, qu'elles sont généralement qualifiées par les autres auteurs.¹⁵⁴ Si c'est le cas, cette offre devrait présenter les caractères classiques de toute pollicitation, c'est-à-dire être ferme, précise, et non équivoque, sous peine de devoir n'être qualifiée que de simple entrée en pourparlers. Le contenu des conditions de vente quelle renferme semble bien pouvoir correspondre au moins à cette définition, dans la mesure où il s'agit généralement "de barèmes d'avantages" portant sur des catégories de produits déterminés. Elle est donc suffisamment précise. On peut également considérer qu'elle est ferme, dans la mesure où son acceptation par les distributeurs est susceptible d'entraîner la vente. Elle sera généralement non équivoque, s'agissant de relations commerciales entre professionnels. Elle a donc tous les critères constitutifs d'une offre et, dans ce cas, elle doit en suivre le régime juridique précisé de longue date par la jurisprudence : le principe qu'elle puisse faire l'objet d'une acceptation tant qu'elle n'a pas été rétractée et, surtout, celui de son maintien le temps nécessaire à cette acceptation.¹⁵⁵ Préceptes jurisprudentiels, qui limitent donc quelque peu la liberté des fournisseurs de révoquer leur "offre", comme l'envisageaient MM. Fabre et Sales dans l'hypothèse étudiée du "Référencement ouvert".

- S'agit-il de simples pourparlers débouchant sur une offre ?

La réponse, dans le cas de figure analysé, résulte du caractère particulier que présente cette offre. S'agissant d'une pollicitation classique, sa production trouve normalement son origine dans un acte unilatéral,¹⁵⁶ et peut s'adresser indifféremment à tous, ou à une personne, ou à un groupe de personnes en particulier, selon la volonté de son auteur. Or, si l'on étudie notre hypothèse il y a :

¹⁵³ **MM.FABRE et SALES** <<Les regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 42 n° 30.

¹⁵⁴ **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX p 165 ; **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité ; **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 198 n° 394.

¹⁵⁵ **Cour de Cassation 3ème Civ. 10 mai 1972** Bull. civ. III n° 297 RTD CIV 1972 obs. Y.LOUSSOUARN. Voir, pour un point complet sur la question : **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations>> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 136 n° 115 et suivants.

¹⁵⁶ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 260 n° 292 "On peut a priori définir l'offre (on dit aussi pollicitation) comme une manifestation de volonté unilatérale par

- un accord de volonté quant à la production et quant au contenu des conditions de vente qui ont fait l'objet d'une négociation,
- une obligation d'effectuer les ventes nées de leur acceptation, aux conditions souscrites lors de la négociation, avec tous les membres ou adhérents du regroupement, sans que la volonté de l'auteur de l'offre puisse en écarter certains.¹⁵⁷

La situation ne correspond donc déjà plus à celle de pourparlers débouchant sur une offre, mais déjà à une véritable relation contractuelle au sens de l'**article 1101 du Code civil**, c'est-à-dire un accord de volonté en vue de produire des effets de droit.¹⁵⁸

67. L'aspect contractuel de cette relation a rapidement été affirmé par la jurisprudence, dans une **décision du TGI de Strasbourg**.¹⁵⁹ Ce jugement constitue la première reconnaissance de l'existence d'un "**contrat de référencement**".¹⁶⁰

Les termes de cette reconnaissance sont effectivement sans équivoque sur la qualité des relations entre la centrale d'achat et les fournisseurs : "*Attendu cependant que SOPEGROS convenait avec les fournisseurs, des conditions de vente dont bénéficieraient ses adhérents;*", motivation dans laquelle on retrouve les deux éléments contractuels que nous venons de décrire : un accord sur le contenu de l'offre et un accord sur ses bénéficiaires. Toute équivoque est également levée quant au fait qu'il s'agisse d'une opération de référencement, puisque le Tribunal note par ailleurs : "*Attendu qu'il n'est pas contesté non plus que les contrats passés par la société Mars avec les adhérents des SOPEGROS l'ont été directement entre les parties et non par l'intermédiaire de SOPEGROS.*" Nous nous trouvons donc bien dans le cas d'une relation où la centrale négocie avec les fournisseurs des conditions de vente, et où les contrats d'application sont conclus directement entre les adhérents et les fournisseurs ; situation caractérisant une opération de

laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat.".

¹⁵⁷ **CA Versailles 16 décembre 1987 PA n°43 du 8 avril 1988** commentaire Mme SELINSKY "*le fournisseur perd non seulement la liberté des conditions de paiement et du volume des livraisons mais aussi du choix même des acheteurs, lesquels lui sont imposés du fait de leur affiliation au groupement d'achat.*".

¹⁵⁸ **Article 1101 du Code civil** : "*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*".

¹⁵⁹ **TGI de Strasbourg 29 sept 1983** Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros précité rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2.

¹⁶⁰ **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 73 n° 97 ; **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande

référencement. En pratique, les conditions de vente déterminées dans la négociation entre fournisseurs et structure de regroupement, font l'objet d'une formule quelconque de convention pour en fixer l'intangibilité. Le référencement apparaîtrait alors, dans cette hypothèse, comme un contrat préparatoire. ¹⁶¹ Il s'en distingue, cependant, dans la mesure où son objectif n'est pas de fixer certaines bases issues des pourparlers qui serviront à la signature du contrat définitif que constituerait le contrat d'achat/vente. Il s'agit, au contraire, d'une convention qui, si elle est susceptible de déboucher sur des contrats d'achat/vente, se suffit à elle-même en fixant les conditions d'une offre qui bénéficiera aux membres du regroupement. Cette convention constituera "**le contrat de référencement**" au regard de la définition de la doctrine et de la jurisprudence. On peut donc considérer que, même dans sa forme la plus dépouillée, la plus primitive, le référencement doit s'appréhender comme étant la relation consistant à réaliser un contrat portant sur la production d'une offre déterminée, à des bénéficiaires déterminés qui pourront s'en prévaloir pour réaliser leurs achats. La situation apparaît donc simple : le référencement consiste en l'action de négociation, et les contrats de référencement en sont l'aboutissement. Cette situation juridique simple, donne cependant lieu à des variations contractuelles complexes.

2) Une diversité contractuelle

68. La première configuration contractuelle que peut prendre le référencement sera, donc, celle du référencement ouvert.

Cette qualification du référencement ouvert en contrat entraîne certaines conséquences quant aux prestations pesant sur le fournisseur du fait de ce contrat, en termes de production d'une offre déterminée et du maintien de cette offre aux conditions souscrites le temps nécessaire à son acceptation. En cas de manquement, il engagera sa responsabilité délictuelle auprès des destinataires de l'offre, c'est-à-dire les distributeurs membres du regroupement à l'achat, mais également, sa responsabilité contractuelle envers le partenaire avec qui il s'est engagé à la production et au contenu de l'offre, conformément au droit commun

distribution>> précité p 202 n° 404 ; **M.Alain PIERANCOSTA** <<Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence>> Les petites affiches 10 août 1988 n°96 p22 n°2.

¹⁶¹ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 315 n° 343.

des contrats.¹⁶²

69. La seconde configuration sera celle du référencement semi-ouvert.

On peut, au premier abord, se demander ce qui distingue juridiquement ce contrat de la situation précédente, les obligations pesant sur les fournisseurs n'apparaissant pas non plus très éloignées de celles pesant déjà en vertu du droit commun des contrats sur l'offrant, puisque ce dernier oblige au maintien de l'offre le temps nécessaire à son acceptation. La réponse, dans le cas de figure analysé, résulte une fois encore de la nature particulière que présente cette offre. Certes, dans notre hypothèse, il y a comme précédemment :

- d'abord, un accord de volonté quant à sa production et quant à son contenu qui a fait l'objet d'une négociation,

- ensuite, obligation d'effectuer les ventes nées de son acceptation aux conditions souscrites lors de la négociation avec tous les membres ou adhérents du regroupement, sans que la volonté de l'auteur de l'offre puisse en écarter certains.

Cependant, dans notre hypothèse, il y a également et surtout :

- obligation de maintenir l'offre durant toute la durée du référencement.

Il s'agit donc d'une situation différente, dans la mesure où le fournisseur n'est pas libre de retirer son offre, et ce, non seulement pendant un délai jugé suffisant par la jurisprudence, mais pendant une durée contractuellement prévue. Il y a donc, dans cette relation, non pas un double, mais un triple engagement des fournisseurs référencés. On se retrouve, ici, dans la distinction opérée par les civilistes entre les pourparlers débouchant sur une offre, qui relèvent d'un acte unilatéral de l'offrant, et la promesse de contrat, qui sort du cadre juridique de l'acte unilatéral pour entrer dans celui du contrat.¹⁶³ Dans notre cas particulier, il s'agira de la distinction

¹⁶² Voir, **Mme M.E ANDRE** <<déréférencement et droit des contrats>> Cahiers de droit de l'entreprise 1983. 2. p 2 ; Du même auteur : <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2 p 3.

¹⁶³ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 301 n° 334 : «*Il s'agit d'un véritable contrat dont l'objet est de fixer l'offre pendant un délai convenu. Le bénéficiaire de la promesse dispose immédiatement d'un droit éventuel, qui peut en particulier faire l'objet d'une cession. Surtout, il a le pouvoir de conclure le contrat par la levée de l'option qui apportera à l'offre une acceptation concordante – qui doit être en conséquence pure et simple - et formera la convention définitive. L'auteur de l'offre est d'ores et déjà lié par sa promesse. S'il refusait son concours pour la rédaction du contrat définitif, et spécialement de l'acte authentique nécessaire à l'opposabilité des ventes d'immeubles, le bénéficiaire de la promesse pourrait obtenir une décision judiciaire qui lui tiendrait lieu de titre...*». Par rapport aux éléments de distinction proposés par **M.GHESTIN**, dans l'hypothèse qui intéresse notre étude, la possibilité de cession des conditions générales de vente obtenues, doit être tempérée par le fait que ce contrat - comme nous l'avons précédemment souligné - sera nécessairement conclu intuitu personae, ce qui en cas de volonté de cession de la promesse de vente par son bénéficiaire en l'espèce un distributeur membre du regroupement à l'achat, entraînera des modalités particulières. Quant à la possibilité d'une exécution forcée, envisageable en cas de promesse de vente, au contraire d'un engagement unilatéral au maintien d'une offre qui ne peut donner lieu qu'à

entre un premier contrat de référencement, défini comme étant l'accord sur la production d'une "offre" d'un contenu déterminé pour des bénéficiaires déterminés, et un second contrat, défini comme étant la production d'une "promesse de vente" d'un contenu déterminé à des bénéficiaires déterminés. Cette analyse des obligations pesant sur les fournisseurs en promesse de vente avait été envisagée, dès le départ, par quelques auteurs pionniers de l'étude du référencement dont BURST, le premier.¹⁶⁴ Elle a depuis été reprise par d'autres, mais il convient de rendre à ces précurseurs la paternité, parfois oubliée, de cette opinion.¹⁶⁵ On peut, bien sûr, estimer que seule l'obligation de maintenir l'offre opère ici la distinction entre une promesse de vente et une simple offre, et qu'il serait plus simple de constater que l'offre fait l'objet d'un engagement de maintien pendant un temps donné. Néanmoins, ce serait oublier qu'il s'agit déjà d'une offre d'un genre particulier, puisque son contenu, sa production et ses bénéficiaires ont été négociés, et que, précisément, le seul critère qui la différencie d'une promesse de contrat, est la possibilité de la retirer dans la limite des délais imposés par la jurisprudence. Tous les caractères d'une promesse de vente étant constitués, il n'y a aucune raison de ne pas appeler cette situation juridique par son nom. Le référencement apparaît alors, dans cette hypothèse, comme la négociation d'une promesse de vente qui bénéficiera à ses adhérents. L'étendue des obligations pesant sur les fournisseurs s'en ressent, puisqu'en cas de manquement ils engageraient doublement leur responsabilité contractuelle : envers les bénéficiaires de la promesse et envers le partenaire avec lequel ils se seront engagés à sa production et à son maintien.

70. La troisième configuration sera celle du référencement semi-fermé.

Ce contrat se caractérise par une obligation en terme de promesse de vente par les fournisseurs, auxquels répondent des engagements dont l'étendue varie de la part de la structure de référencement et qui visent à rendre la vente effective. Il s'agit donc, de toute évidence, d'un contrat synallagmatique entre l'organe d'intégration à l'achat et les fournisseurs. Cependant, comme il porte également sur la production

des dommages et intérêts, il semble bien qu'en cas de refus du fournisseur d'honorer son engagement, les distributeurs membres ou la structure d'intégration à l'achat puissent, en effet, l'exiger.

¹⁶⁴ **BURST** <<le choix du lien unissant le groupement à ses membres>> Services communs d'entreprises. 1973. Collection actualité du droit de l'entreprise. p 55 "...On peut même se demander s'il n'est pas permis d'aller plus loin et de voir dans l'engagement des fournisseurs une véritable promesse unilatérale de vente au profit des membres représentés par le regroupement..." ; **M.BERNARD** <<les coopératives de commerçants détaillants>> Thèse Paris 1975 p 248 n° 271: " Il est possible de voir dans l'engagement des fournisseurs une véritable promesse de vente. ".

LE REFERENCEMENT

d'une promesse de vente qui bénéficiera aux adhérents du regroupement, son analyse en terme de responsabilité restera la même que précédemment, soit une double responsabilité contractuelle des fournisseurs : envers les bénéficiaires de la promesse et envers le partenaire avec lequel ils se sont engagés à sa production et à son maintien.

71. La quatrième configuration sera, donc, celle du référencement fermé.

Le référencement fermé se caractérise par des engagements directs entre fournisseurs référencés et distributeurs-membres du regroupement à l'achat, prévoyant les conditions générales auxquelles seront réalisées les obligations réciproques d'achat et de vente. C'est-à-dire que le contrat de référencement devra s'analyser, ici, comme un véritable accord-cadre d'approvisionnement. En effet, aux obligations des fournisseurs, répond une obligation d'achat des distributeurs, obligation qui se réalisera sous la forme de commandes qui apparaîtront comme autant de contrats d'application de l'accord-cadre d'approvisionnement. Dans cette situation, le double engagement des fournisseurs en terme de responsabilité disparaît, au profit d'une responsabilité contractuelle unique envers le seul distributeur-membre du regroupement à l'achat.

¹⁶⁵ **Professeurs COLLART, DUTILLEUL et DELEBECQUE** <<Contrat civils et commerciaux >> Dalloz, 3e éd. 1996, n° 669 ; **M. RETTERER** <<Contrat de référencement>> Jurisclasseur commercial p 2 n° 4.

§ 2) Une nature contractuelle particulière

72. A ce stade de notre réflexion sur le référencement, nous avons déjà déterminé que nous étions en face d'une relation contractuelle reposant sur une base simple, quoique tripartite : une négociation de conditions de vente par le référenceur débouchant sur un accord cadre, accord à partir duquel ses membres concluront des contrats d'achat/vente.

Nous avons pu constater, cependant, que cette base contractuelle, simple dans son principe, pouvait connaître des variations complexes que nous avons essayées, dans un premier temps, de classifier. Si l'on poursuit dans cette dialectique, qui consiste simplement à traiter dans une progression de logique juridique les questions fondamentales que pose le référencement, il convient à présent, s'agissant d'une relation contractuelle, d'apprécier sa validité au regard du droit commun des contrats. Sur ce point, puisque le référencement s'exprime en contrats de référencement, cela suppose que ces derniers soient soumis aux principes généraux gouvernant ce droit des contrats : soit l'exigence d'un objet certain, d'une cause licite et d'un consentement non vicié au titre des **articles 1108 et suivants du Code civil**, sous peine de nullité (A). Cependant, les particularités du référencement nécessiteront que les conditions d'application de ces principes fondamentaux à cette relation soient précisées (B).

A) Un nécessaire rattachement au droit commun des contrats

73. Il est assez traditionnel, lors d'une discussion sur les caractères fondamentaux d'un contrat, d'opposer "le consentement" à "l'objet" et à "la cause".

Nous ne dérogerons pas à cette pratique. Cependant, comme il est difficilement envisageable qu'une discussion sur le consentement, lors de la conclusion d'un contrat de référencement, puisse porter sur la capacité des parties à contracter, s'agissant de professionnels du commerce, cette première discussion se ramènera, naturellement, à celle de vices pouvant affecter le consentement ; l'étude de la cause et de l'objet étant menée, ensuite, de manière conjointe.

1) Un consentement

74. Les vices du consentement sont au nombre de trois et entraînent la nullité relative du contrat.

Le Code civil distingue l'erreur et le dol, ainsi que la violence.

- L'erreur :

Le contrat de référencement étant conclu intuitu personae, on peut d'abord envisager que cette particularité puisse entraîner la possibilité de son annulation pour erreur sur la personne. L'évocation d'une erreur sur la personne par le regroupement à l'achat pourrait signifier qu'il se serait trompé sur les capacités du fournisseur référencé à assurer son approvisionnement. Nul doute alors, dans ce cas, qu'il s'agirait bien d'une considération constituant la cause de l'obligation et ayant motivé le consentement, telle que la jurisprudence et la doctrine l'exigent pour fonder une action en annulation.¹⁶⁶ Soit, plus fréquemment sans doute, et à l'inverse, le fournisseur référencé peut se rendre compte que le regroupement ne présente pas la capacité d'achat qu'il prétend, ce qui fonderait également l'application de cet **article 1110 du Code civil**. Le fournisseur référencé peut également s'apercevoir que le regroupement à l'achat n'est pas, en fait, en mesure d'assurer convenablement les obligations liées à son approvisionnement ; on pense notamment au paiement des marchandises. On se trouverait alors dans le cas d'une erreur sur la solvabilité, qui est plus difficilement admise en justice. Il conviendrait donc de distinguer, selon une jurisprudence établie de longue date, entre : l'erreur portant sur une insolvabilité qui était certaine lors de la conclusion du contrat et qui pourrait, de ce fait, être acceptée, et celle portant sur une insolvabilité qui se serait déclarée ultérieurement, qui s'apparenterait au problème de l'imprévision et recevrait une réponse négative.¹⁶⁷

- Le dol :

Notre précédent questionnement sur l'erreur nous conduit tout naturellement au problème du dol, qui pourrait également être constaté si, selon la définition classique, l'une ou l'autre des parties, par ses manœuvres, entraîne une erreur de son cocontractant. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, c'est vraisemblablement essentiellement au titre des mensonges plus que de la réticence dolosive que

¹⁶⁶ Cf. **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations >> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 246 n° 219 et suivants.

pourrait être admise une telle notion, s'agissant de rapports entre professionnels sur lesquels pèse une obligation de renseignement. On pourrait, notamment, envisager qu'elle soit invoquée par le fournisseur si le regroupement lui avait menti sur le nombre ou la qualité de ses membres, et donc, sur sa puissance d'achat effective, ou encore, sur sa réelle situation financière ou sa capacité à produire un certain nombre de services.¹⁶⁸ Un regroupement pourrait l'invoquer, en sens inverse, si le distributeur a menti sur sa capacité à répondre au flux de commandes entraîné par le référencement, ou encore, sur la qualité de ses produits.

- La violence :

Une autre incidence de l'ordre public contractuel pourrait être constituée par la soumission du référencement à la notion de violence de l'**article 1112 du Code civil**. En effet, par l'étendue de son incidence économique sur les fournisseurs, le référencement pose, intrinsèquement, la question de la liberté de leur consentement aux clauses contractuelles qu'il contient. On sait, qu'en raison des conséquences qu'un non référencement ou un déréférencement pourrait avoir pour lui, un fournisseur peut ne pas être en mesure de refuser les conditions que lui impose le regroupement à l'achat. Il s'agirait donc bien, en l'espèce, d'une forme de violence économique.¹⁶⁹ Il n'est pas pour autant certain que cette violence puisse être admise comme viciant le consentement. D'abord, la jurisprudence s'est toujours montrée réticente à une application de l'**article 1112 du Code civil** aux relations entre professionnels et, particulièrement, à la notion de contrainte économique.¹⁷⁰ Par ailleurs, l'application de cette notion suppose une analyse in concreto. Or, l'existence de moyens de droits propres à faire cesser cette contrainte, peut écarter l'admission d'un effet suffisant sur le consentement, a fortiori s'agissant, cette fois encore, de relations entre professionnels. L'admission d'un tel vice du consentement supposerait, de surcroît, que soit reconnu préalablement le caractère abusif des demandes ayant entraîné le consentement des fournisseurs. Cette hypothèse n'est cependant pas à écarter et a pu être

¹⁶⁷ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 504 n° 540 ; **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations>> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 246 n° 219.

¹⁶⁸ Voir, dans ce sens : **M.Alain PIERANCOSTA** : <<Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence>> Les petites affiches 10 août 1988 n°96 p 27.

¹⁶⁹ Il en est ainsi notamment, quand le fournisseur se trouve en état de dépendance économique. Voir pour un exemple concret : **Cour de cassation chambre commerciale 2 décembre 2008** (2 Arrêts). Voir également : **M.Sébastien PETIT**, Avocat << Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales >> Recueil Dalloz 2010 p. 1813 n° 26 et 27.

¹⁷⁰ **Cour de Cassation chambre commerciale 20 mai 1980**, Bull. IV n° 212 p 170 D 1978 note SOULEAU.

LE REFERENCEMENT

évoquée pour le référencement.¹⁷¹ L'évolution jurisprudentielle sur la question d'une reconnaissance de l'existence d'un concept de contrainte économique, autonome de celui de la lésion, pourrait la rendre plausible.¹⁷²

75. Quoiqu'il en soit, la découverte d'un vice du consentement des parties contractantes serait, bien évidemment, sanctionnée par la nullité relative du contrat.

L'évocation, par l'une des parties, de ces vices du consentement, dans le cadre d'un référencement, a cependant peu de chance de se produire. En effet, en raison de l'ampleur économique que prennent généralement les contrats conclus, les renseignements pris par chacun des contractants sur l'autre devraient exclure toute possibilité d'erreur ou de dol. Quant à la violence qui pourrait, à notre sens, être valablement évoquée dans quelques rares cas, on peut en penser la possibilité comme étant, aujourd'hui, quelque peu dénuée d'une réelle utilité pratique pour les fournisseurs dans les circonstances qui, généralement, entourent les contrats de référencement. En effet, la nullité sur laquelle débouche une telle action sur les vices du consentement aurait vraisemblablement un effet contraire aux intérêts de l'entreprise référencée. Comme nous l'avons déjà souligné, l'acceptation des conditions du référencement s'étant faite, bien souvent, par intérêt économique, une résolution du contrat pour nullité relative ne réglerait pas les affaires du fournisseur concerné.¹⁷³

Constatation qui, paradoxalement, renforce l'idée d'une contrainte effective appréciée in concreto.

¹⁷¹ **M. Benjamin MONTELS** << La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence >> RTD Com. 2002 p. 417 ; **M. Alain PIERANCOSTA** << Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence >> Les petites affiches 10 août 1988 n°96 p 27.

¹⁷² **Cour de Cassation Civ. 1ère 30 Mai 2000** Bull Civ. 1, n° 169 ; D. 2001. Somm. 1140, obs. D. Mazeaud, *ibid.*, 2000.879, note J.P Chazal, JCP 2001 éd. G.II.10461, note approb. G. Loiseau, *ibid.*, 2001 éd. E.571, note crit. R. Secnazi, RTD civ. 2000.827, obs. J. Mestre et B. Fages, *ibid.*, 863, obs. P.-Y. Gautier, Defrénois 2000, art. 37237, n° 68, obs. Ph. et, Contrats, conc.consom. 2000, n° 142, note L. Leveneur, RJDA 2000, n° 1063, Petites affiches, 2001, n° 72, p. 17, note crit. L. Belmonte, *ibid.*, 2000, n° 233, p. 18, note S. Szames.

Voir, pour un état de la question : **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations >> Précis DALLOZ 11ème édition p 273 n° 248 ; **M. Benjamin MONTELS** << La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence >> RTD Com. 2002 p. 417.

¹⁷³ Cf. **Avis n° 04-A-18 du 18 octobre 2004** relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée : *"Le développement des marges arrière depuis la fin des années 1990 ne semble pas justifié par un essor équivalent des prestations de service rendues au titre de la coopération commerciale, alors même que la loi permet de sanctionner une disproportion manifeste des montants facturés au regard de la valeur des services rendus (cf. article L.442-6-I du Code de commerce). Le faible nombre de plaintes et de sanctions démontre l'existence d'une forte puissance d'achat des distributeurs, les fournisseurs n'utilisant pas les voies classiques de résolution des conflits commerciaux, par crainte de déréfèrement."*

2) Un objet et une cause

76. Les exigences du droit des contrats concernant la cause et l'objet sont diverses. La première a trait à leur existence.

- La nécessité d'un objet et d'une cause étant l'une des conditions de licéité du contrat, leur absence dans un contrat de référencement entraînera nécessairement sa nullité.¹⁷⁴

- En ce qui concerne l'existence de l'objet :

L'inexistence de l'objet d'une obligation sanctionne, à proprement parler, l'absence d'existence réelle du contrat. Son appréciation différera, nécessairement, selon que l'objet sur lequel porte l'obligation est un bien matériel ou une obligation de faire.

- En ce qui concerne l'absence de la cause :

La nécessité d'une contrepartie objective au contrat est, en fait, l'expression d'un ordre public de protection, dont on retrouve des applications dans la notion de lésion et celle de vices du consentement, ou encore, l'interdiction des contrats potestatifs. C'est le principe fondamental de commutativité du contrat qui est surveillé, à travers la recherche de l'existence de la cause.

- Le caractère polymorphe du référencement se retrouve dans la recherche de l'objet et de la cause des contrats qui en sont issus. En effet, cet objet et cette cause varieront nécessairement en fonction des différentes expressions contractuelles du référencement.

- Dans le cas d'un référencement ouvert caractérisant, comme on l'a dit, l'état minimum d'un référencement.

Une seule obligation peut être relevée : celle pesant sur le fournisseur référencé de produire une offre déterminée à des bénéficiaires déterminés. Cette production constitue l'objet de son obligation. Cependant, s'agissant d'un engagement unilatéral, en l'absence d'obligation pesant sur le regroupement ou sur ses membres, la question se pose de l'existence d'une cause à l'engagement du fournisseur. Celle-ci, en l'absence d'intention libérale guère envisageable dans un cadre commercial, ne pourra alors consister qu'en ce que Mme Marianne Mouseron

¹⁷⁴ Voir, **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> précité. Pour l'inexistence de l'objet p 659 n° 684 et suivants, pour l'absence de cause p 856 n° 856 et suivants ; **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations >> Précis DALLOZ 11^{ème} édition. Pour l'inexistence de l'objet p 304 n° 271 et suivant, pour l'absence de cause p 382 n° 336 et suivants.

LE REFERENCEMENT

appelle "*une probabilité de clientèle*", c'est-à-dire, en un avantage commercial effectif mais incertain, au moins quant à sa quotité, constituant donc une contrepartie aléatoire. ¹⁷⁵

- Dans le cadre d'un contrat de référencement semi-ouvert.

Si ce contrat fait apparaître de nouveau une obligation unique pesant sur le fournisseur, elle diffère par son objet qui consistera, cette fois, en la production d'une promesse de vente. Cependant, s'agissant également ici d'un contrat unilatéral, en l'absence d'autres obligations de la part du regroupement ou des distributeurs, la cause de l'obligation pesant sur le fournisseur en terme de production de la promesse de vente se trouvera, comme précédemment, dans l'avantage commercial aléatoire qu'il espère en retirer, en d'autres termes, en la probabilité de clientèle.

- S'agissant d'un référencement semi-fermé.

L'objet de l'obligation du fournisseur reste ici inchangé, tandis que l'on constate une diversité d'objets de l'obligation pesant sur la structure de référencement au profit du fournisseur qui tendent tous, à un degré divers, à favoriser l'aboutissement des ventes. Il peut s'agir d'une obligation de communication des offres du fournisseur aux adhérents, ou d'une obligation de favoriser ces offres, jusqu'à une obligation de garantie de commande. En terme de cause, s'agissant d'un contrat synallagmatique, la cause des obligations pesant sur le référenceur se trouvera nécessairement dans la promesse de vente pesant sur le fournisseur. De la même façon, la cause de l'obligation du fournisseur se trouvera, pour sa part, dans les différents engagements de l'organisme référenceur.

- S'agissant enfin d'un contrat de référencement fermé.

L'objet de l'obligation du fournisseur consiste, comme précédemment, en la production d'une promesse de vente, mais ici, c'est sur le distributeur membre de la structure de référencement que porte l'obligation en retour dont l'objet sera l'achat de marchandises. S'agissant également d'un contrat synallagmatique, cela signifie que la cause de l'obligation du fournisseur se trouve nécessairement dans cette obligation d'achat, tandis que la cause de l'obligation du distributeur membre du regroupement se trouve encore, pour sa part, dans la promesse de vente pesant sur le fournisseur référencé. On peut donc constater, dans chaque expression contractuelle du référencement, l'existence d'une cause et d'un objet, mais ce ne sont pas les seules exigences de **l'article 1108 du Code civil**.

¹⁷⁵ **Marianne MOUSSERON** : <<Centrales et Supercentrales>> Cahiers de droit de l'entreprise 1985/4. Structures de la distribution p 1 ; voir dans le même sens **M.BERNARD** Thèse citée p 247 n° 270.

L'une de ces exigences est propre à l'objet.

77. En effet, la nécessité d'un objet au contrat trouve son prolongement dans l'exigence de son caractère certain.

Dans ce sens, **l'article 1129 du Code civil** oblige à ce que l'objet de l'obligation née d'un contrat soit déterminé ou du moins déterminable sous peine de nullité.¹⁷⁶ Le caractère déterminable de l'objet des contrats s'échelonnant dans le temps, auxquels appartiennent les contrats de référencement, a donné lieu à la connue et longue évolution jurisprudentielle concernant la détermination du prix, basée d'abord sur **l'article 1591 du Code civil**, puis sur **l'article 1129** du même code. Cette jurisprudence, élaborée pour les contrats de fourniture de bière au début des années 1970,¹⁷⁷ sera abandonnée en 1995.¹⁷⁸ Ce problème ayant déjà fait couler beaucoup d'encre et étant a priori révolu, nous nous contenterons de cerner brièvement ce qu'aurait pu être son influence sur les contrats de référencement. On peut estimer d'abord, même quand la jurisprudence basée sur **l'article 1129 du Code civil** était d'actualité, que son applicabilité au référencement ne coulait pas de source. En effet, si le référencement consiste en la production d'un barème d'avantages, le prix sur lequel ce barème d'avantages porte reste, généralement, celui pratiqué par le producteur ; ce qui aurait pu, sous l'ancienne jurisprudence, entraîner l'application de **l'article 1129 du Code civil**. Cependant, si la plupart des configurations de référencement ne peuvent se concevoir sans une forme quelconque d'obligation d'achat, voire d'exclusivité des membres du regroupement à l'achat à l'égard de la structure de regroupement,¹⁷⁹ et à ce titre, susceptible d'entraîner dans ces relations l'application de la jurisprudence sur l'indétermination du prix,¹⁸⁰ elles ne prévoient généralement pas d'accord d'exclusivité des membres

¹⁷⁶ **Article 1129 du Code civil** : *"Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée."*

¹⁷⁷ Cf. **Cour de Cassation chambre commerciale 27 avril 1971** JCP 1972. II.16975 Note M.Boré.

¹⁷⁸ Cf. **Cour de Cassation Ass. Plénière 1er décembre 1995**, (4 arrêts) A. P. N° 7 p. 13 ; A. P. N° 7 p. 13 ; A. P. N° 8 p. 15 ; A. P. N° 9 p. 16. Bull civ. n°9.

¹⁷⁹ Cf. **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 411 n° 819 et suivants ; **M. R. FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** <<Regroupements à l'achat "relations juridiques">> Jurisclasseur Contrat-Distribution 2011 Fasc. 1121 n° 66 ; **Mme Alexandra MENDOZA-CAMINADE** <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011 p 170 n°597 et suivant. Voir, par exemple : **Cour de Cassation Chambre commerciale 9 mars 1993** (Arrêt inédit, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Conseil de la Concurrence 9 juin 1992** GITEM, BOCCRF 31 juillet 1992 ; **Décision du Conseil de la Concurrence n° 97D77 du 22 octobre 1997** relative à des pratiques relevées dans le réseau de distribution de la société Home Salons France. **Décision du Conseil de la Concurrence n° 99-D-01 du 5 janvier 1999** Relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri Club Médical ; **Décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010** relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle (précitée) ; **Tribunal de Commerce d'Orléans 11 décembre 2009 n° 2008-7224** (disponible sur la banque de données DALLOZ).

¹⁸⁰ Voir, pour l'application de cette jurisprudence à un contrat d'affiliation : **Cour de Cassation Chambre commerciale 9 mars 1993**, société Aldis contre époux Pistono (Arrêt inédit, disponible sur

de cette structure à l'égard des fournisseurs référencés. Au contraire, les distributeurs-membres du regroupement restent libres de contracter ou non la vente, ce qui aurait dû écarter l'application de l'**article 1129 du Code civil**. Cependant, l'ancienne jurisprudence ayant parfois été appliquée à des contrats qui, sans prévoir une exclusivité d'achat, rendaient néanmoins obligatoire par leur teneur la conclusion de la vente,¹⁸¹ on peut penser que les contrats de "référéncement fermé" auraient pu être visés, à ce titre, par l'obligation d'achat qu'ils instaurent auprès des distributeurs. La disparition de la jurisprudence litigieuse n'est donc pas sans influence sur la validité du référencement, même si ne semblait pouvoir être sanctionné par la nullité qu'un seul type de contrat issu de cette relation.

Une autre des exigences de l'**article 1108 du Code civil**, est propre à la cause.

78. En effet, l'exigence d'une cause trouve son prolongement dans l'**article 1131 du Code civil**, qui précise que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Si l'on excepte la question de l'absence de cause, déjà traitée,¹⁸² ce principe général exprime plusieurs exigences différentes.

- La réalité de la cause :

L'**article 1131 du Code civil**, nous l'avons vu, dénie tout effet au contrat reposant sur une fausse cause. La doctrine et la jurisprudence s'accordent, néanmoins, pour considérer que la fausse cause n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat. En effet, *"la qualification inexacte d'un contrat peut être rectifiée, même d'office par le juge, à partir d'une interprétation fondée sur la commune intention des parties."*¹⁸³ La question de la validité du contrat de référencement se trouve alors reportée sur le caractère licite de sa cause réelle, que l'étude du contrat aura mise à jour.

- Le caractère licite de la cause :

Cette question représente la deuxième exigence principale de l'**article 1131**. Elle est à rapprocher du régime de l'objet. En effet, le caractère illicite de l'objet est rarement sanctionné en tant que tel, mais plus généralement au niveau de la cause

le site www.legifrance.gouv.fr) Contrats, concurrence, consommation. 1993 n°129, observations LEVENEUR.

¹⁸¹ Voir, **M. GHESTIN** <<Le prix dans les contrats de longue durée >> L.G.D.J 1990 P 39 n° 28 et la jurisprudence citée. Voir, également, sur la notion d'exclusivité implicite, **M. Nicolas ERESEO** << L'exclusivité contractuelle >> Bibliothèque de Droit de l'Entreprise n°79 Litec 2008.

¹⁸² Cf. Supra n° 76.

¹⁸³ **M. GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 940 n° 918.

des obligations de l'autre partie. Il convient donc, à nouveau, de grouper ces deux problèmes. La validité de l'objet et de la cause d'un contrat est conditionnée par le respect de l'**article 6 du Code civil** qui proclame : *"on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs."* Le caractère de conformité aux bonnes mœurs de l'objet ou de la cause des contrats provenant du référencement ne devant a priori pas se poser, c'est donc au regard des règles gouvernant l'ordre public que leur validité peut donner lieu à discussion et, en l'espèce, de l'ordre public économique.

B) Une évidente singularité de fonctionnement

79. Comme nous l'avons dit précédemment, le référencement s'exprimant par un contrat de référencement, celui-ci doit être soumis aux principes fondamentaux de l'**article 1108 du Code civil** qui conditionnent sa validité.

Cependant, en raison de la variété d'expression de ce contrat et de son interprétation dans le droit positif, se pose la question de la portée de l'analyse de cette validité, s'agissant d'une relation ayant fait l'objet d'une reconnaissance par la jurisprudence.¹⁸⁴

1) Une validité fluctuante des contrats de référencement

80. Une analyse de la validité de l'objet ou de la cause des contrats de référencement peut s'avérer une tâche délicate, en raison du caractère polymorphe de cette relation juridique.

En effet, la perception de cet objet ou de cette cause différera, nécessairement, selon l'appréciation du régime juridique induit par les différentes obligations observables ; or les hypothèses envisageables sont nombreuses. On trouve un parfait résumé des fondements de la diversité des analyses auxquelles peut donner lieu le référencement, dans la thèse de M. Bernard à laquelle il convient à présent de se référer : *"Lorsque le groupement se contente de passer des accords généraux, tacites ou express, avec les fournisseurs, et qu'il laisse les adhérents*

¹⁸⁴ **TGI de Strasbourg 29 sept 1983** Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros, inédit rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2.

*libres de contracter ou non, technique de la "référenciation" ou du "direct», l'opération peut être assimilée au courtage. Le groupement se borne en effet à rapprocher les parties, mais ne garantit pas la passation ni l'exécution du contrat."*¹⁸⁵ M. Bernard en l'absence de tout engagement des parties, comme d'autres auteurs, avait envisagé le courtage comme étant la technique contractuelle répondant le mieux à la situation observable dans un référencement. Mais il tempère peu après cette analyse en remarquant : *"Mais un tel raisonnement ne prend en considération que la seconde phase de l'opération, et suppose que la première étape, qui est la référenciation, est, soit totalement dénuée de tout effet juridique, soit peut tout au plus s'analyser comme une offre, c'est-à-dire plus comme un fait plus qu'un acte juridique. Or, l'importance attachée à cette opération est telle que l'on peut l'analyser comme une véritable promesse unilatérale de vente."*¹⁸⁶ Il constate, donc, l'inadéquation du régime du courtage quand est observable un certain engagement des fournisseurs référencés qui, en l'absence d'engagement réciproque, ne peut qu'être qualifié de promesse unilatérale. Il poursuit, en soulignant, qu'en raison de la portée de l'engagement que le fournisseur souscrit au titre d'une *"promesse de vente"*, le fournisseur ne reçoit, en pratique, aucune commande ferme en retour et que, *" le fournisseur peut donc désirer que le regroupement s'assujettisse à certains engagements contractuels qui viennent palier les aléas de ces imprécisions."*¹⁸⁷ Il en tire une triple conclusion : *" sans être la garantie d'un chiffre d'affaires minimum, l'engagement que prend la coopérative, peut être de nature à satisfaire le fournisseur ; ce pourra être l'assurance que les termes du contrat seront renégociés si la coopérative référence postérieurement un fournisseur concurrent."*¹⁸⁸ Il envisage donc, clairement, l'hypothèse d'un contrat synallagmatique passé entre les fournisseurs et le regroupement à l'achat. Plus loin, *" qu'en l'absence d'une telle clause, le fournisseur réellement engagé, par les termes du contrat, pourrait néanmoins tenter une action en résiliation pour disparition de la cause."*¹⁸⁹ La cause des obligations pesant sur le fournisseur se trouve ainsi clairement définie dans les obligations réciproques découlant du contrat. Enfin, il conclut : *" le groupement agit en tant que mandataire; il dispose de la pleine personnalité morale, et, économiquement, il est le seul organe qui puisse traiter avec les fournisseurs. Il est néanmoins*

¹⁸⁵ **M. BERNARD** Thèse précitée p 248 n° 271 Paris 1975 <<les coopératives de commerçants détaillants>> p 244 n° 268.

¹⁸⁶ **M. BERNARD** Thèse précitée p 248 n° 271.

¹⁸⁷ **M. BERNARD** Thèse précitée p 249 n° 273.

¹⁸⁸ **M. BERNARD** Thèse précitée p 249 n° 274.

¹⁸⁹ **M. BERNARD** Thèse précitée p 249 n° 274.

nécessaire de faire appel à la notion de représentation pour caractériser son rôle, en vertu du principe de la relativité des conventions posé par l'article 1165 du Code civil." ¹⁹⁰ M. Bernard tire, donc, une nouvelle conséquence logique de ses observations. Si le référencement est un contrat synallagmatique dans lequel les obligations pesant sur les fournisseurs le sont au profit des distributeurs membres du regroupement, et si ce n'est pas ces mêmes distributeurs mais la structure d'intégration à l'achat qui conclut avec les fournisseurs le contrat de référencement, c'est donc, nécessairement, qu'elle agit comme mandataire de ses membres, en vertu de l'effet relatif des contrats dont le principe est posé dans l'**article 1165 du Code civil**. M. Bernard conclura son analyse de la "référenciation" en remarquant : *" il est toutefois une dernière technique juridique qui ne fait pas appel à la représentation et qui enfreint l'article 1165 en toute légalité. La stipulation pour autrui a en effet été évoquée pour expliquer le mécanisme de la "référenciation."* ¹⁹¹ Cette diversité de régimes juridiques auxquels les variations observables du référencement sont susceptibles de renvoyer, pose un problème majeur au regard d'une détermination de la validité de ce contrat, dans la mesure où elle subordonne cette validité à une interprétation préalable de ses clauses. Il va de soi que les conditions de validité de l'objet et de la cause d'un contrat unilatéral ne sont pas les mêmes que celles d'un mandat, d'un contrat de commission, d'un courtage ou d'une stipulation pour autrui. Il en ressortirait une incertitude quant à la licéité de cette création de la pratique commerciale pour les acteurs susceptibles de s'en prévaloir, incertitude incompatible avec la sécurité contractuelle nécessaire à un bon fonctionnement de ce secteur économique. Cette constatation nous conduit, nécessairement, à affiner notre perception de la validité de la cause et de l'objet du référencement.

2) Une validité intangible du référencement

81. En matière commerciale, la validité de la cause ou de l'objet se posera quasi-exclusivement en terme de respect de l'ordre public économique ; or c'est précisément cet ordre public économique qui connaît le développement que l'on sait, en droit interne et communautaire.

La non-conformité d'un contrat de référencement aux conditions essentielles pour la validité des conventions, définies par les **articles 1108 et suivants du Code**

¹⁹⁰ **M.BERNARD** Thèse précitée p 249 n° 274.

civil, est sanctionnée par sa nullité.

- L'existence d'un des vices du consentement entraîne sa nullité relative,
- l'absence de cause dans un contrat entraînera, comme l'absence de son objet, sa nullité absolue, dans la mesure où l'un des éléments fondamentaux du contrat fera défaut.
- Quant au problème de la licéité de la cause et de l'objet, la solution est plus nuancée. Il convient, alors, de distinguer l'atteinte en fonction de l'ordre public concerné. La sanction, on le sait, diffère selon qu'il s'agisse de l'ordre public de protection ou de l'ordre public de direction, conformément à la distinction classique opérée par le Doyen CARBONNIER,¹⁹² à laquelle se réfèrent de nombreux auteurs.¹⁹³ L'illicéité de la cause et de l'objet sera sanctionnée par la nullité absolue, en cas d'atteinte à l'ordre public de direction, ou par la nullité relative, en cas d'atteinte à l'ordre public de protection. Cependant, pour que la licéité de la cause et de l'objet puisse être étudiée, cela suppose que soit préalablement établi en quoi cet objet et cette cause consistent. Cette démarche suppose, donc, comme nous l'avons précédemment souligné, une interprétation de la volonté des parties ; interprétation au regard de laquelle sera analysée la validité des contrats et son éventuelle annulation.¹⁹⁴

82. Il faut alors se demander quelle peut être la portée de cette annulation s'agissant, comme nous l'avons déjà souligné, d'une relation dont le principe a été reconnu par la jurisprudence.¹⁹⁵

On peut en effet penser que, quel que soit le régime ou le titre auquel serait invoquée la nullité, l'annulation prononcée ne pourra porter que sur le contrat de référencement dans lequel le vice du consentement, l'absence ou l'illégalité de l'objet ou de la cause de l'obligation concernée, auront été invoqués. Cette nullité ne devrait donc être d'aucune influence sur la validité de principe du référencement. Cette constatation découle, à la fois, de la distinction entre l'objet des obligations nées d'un contrat et l'objet même de ce contrat, entendu comme : *"...La prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de*

¹⁹¹ **M. BERNARD** thèse précitée p 275.

¹⁹² **CARBONNIER** <<Droit Civil>> T 2 n° 116 P.U.F.

¹⁹³ Voir, par exemple : **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6ème édition p 21 n° 37 ; **M. GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 109 n° 129.

¹⁹⁴ Cf. Supra n° 80.

¹⁹⁵ **TGI de Strasbourg 29 sept 1983** Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros, inédit, précité.

laquelle s'ordonne l'économie du contrat."¹⁹⁶, et de la distinction parallèle qu'il convient d'opérer entre le référencement, en tant que concept juridique, et les relations contractuelles qu'il voit naître. Dans cette optique, pour paraphraser MM. Ripert et Boulanger, on peut dire que l'objet du référencement, autour duquel s'ordonne l'économie de ce concept juridique, doit non seulement être distingué de l'objet des obligations nées des contrats de référencement, mais également de l'objet de chacun des contrats de référencement. L'objet des obligations issues du contrat de référencement différera, selon qu'il s'agisse de l'une ou l'autre des parties, en l'occurrence entre l'objet des obligations du fournisseur et ceux de la structure d'intégration à l'achat, et en fonction des différentes configurations que nous avons distinguées, du référencement ouvert au référencement fermé. La nullité de l'objet de l'obligation de l'une des parties n'entraînera la nullité du contrat de référencement dans son ensemble, que s'il s'agit de l'obligation primordiale de ce contrat, apprécié dans sa globalité. Quand bien même cette situation serait avérée, le référencement en tant que concept juridique ne serait pas nécessairement remis en question. En effet, ce n'est que si elle présente certaines caractéristiques, que l'annulation du contrat de référencement entraînera, éventuellement, celle du référencement dont il est issu. En effet, si les contrats issus d'un référencement différent quant aux obligations qu'ils génèrent, ils conservent néanmoins, comme point commun, d'être des contrats de référencement. Cela sous-tend qu'ils possèdent, intrinsèquement, un caractère propre à cette relation juridique. Ce caractère constitue l'objet déterminatif du concept de référencement, en tant que l'obligation principale qui le fait naître. Il convient alors de s'interroger sur les obligations qui apparaissent comme étant communes et caractéristiques parmi les différentes relations que nous venons de décrire. Il s'agit de trouver, en quelque sorte, le dénominateur commun des différentes obligations nées des contrats de référencement. Ce dénominateur commun apparaît, dans la définition que nous avons admise du référencement : *"...la négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres."* La production des conditions de vente des fournisseurs référencés au profit des distributeurs, telle qu'elle vient d'être décrite, constitue donc bien le but ultime de cette négociation, et donc, l'objet de cette relation contractuelle. Cet objet est commun à toutes les formes que pourra prendre le référencement qui en seront autant d'expressions plurielles, se distinguant au niveau des contrats de référencement par une cause spécifique. Il convient à présent de préciser les conditions de validité de cet objet au regard

¹⁹⁶ **RIPERT et BOULANGER.** <<Traité de Droit Civil T II "obligations et droits réels" >>1957 n°224. Voir, également dans ce sens **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 656 n° 679.

LE REFERENCEMENT

des règles de l'ordre public économique.

Section II : Une licéité de principe

Introduction :

83. Si le principe de la validité du référencement en tant que contrat a été affirmé assez tôt par la doctrine et la jurisprudence, cette reconnaissance nécessite néanmoins d'être précisée au regard des diverses dispositions de l'ordre public économique.¹⁹⁷

Conformément à la distinction classique de CARBONNIER,¹⁹⁸ nous envisagerons notre recherche de l'éventuelle illicéité de l'objet ou de la cause du référencement en fonction de l'ordre public objet de l'atteinte, c'est-à-dire, selon qu'il s'agira de l'ordre public de protection ou de l'ordre public de direction. L'illicéité de la cause et de l'objet sera, donc, sanctionnée par la nullité absolue, en cas d'atteinte à l'ordre public de direction, ou par la nullité relative, en cas d'atteinte à l'ordre public de protection. Concernant les manifestations de l'ordre public économique au regard desquelles sera évaluée la licéité de la cause et de l'objet des contrats de référencement, certaines dispositions du titre 4 relèvent traditionnellement plus de cet ordre public de protection, alors que les dispositions "antitrust" relèvent directement de l'ordre public économique de direction. Force est de constater, cependant, que cette distinction traditionnelle est à présent quelque peu malmenée dans les nouvelles dispositions relatives aux pratiques restrictives. En effet, la nécessaire prise en compte par les pouvoirs publics, lors des réformes successives de la loi Galland, du phénomène d'intégration à l'achat et de ses conséquences sur l'économie, s'est également traduite par une prise en compte des effets pervers de la puissance d'achat sur l'application concrète des mesures de protection. Ainsi, de nombreux auteurs avaient dénoncé l'inefficacité des textes antérieurs, concernant les possibilités d'annulation des contrats d'approvisionnement déséquilibrés, ou concernant la possible mise en cause de la responsabilité de regroupements à l'achat, auteurs de pratiques restrictives de concurrence. Inefficacité dénoncée en raison de la subordination économique dans laquelle se trouvent de nombreux producteurs, par rapport aux puissances d'achat. La réponse des pouvoirs publics à cette situation, s'est traduite par une possibilité accrue d'intervention des instances administratives et judiciaires, dans le cadre des mesures de protection, pour se substituer aux producteurs empêchés. On retrouve cette tendance dans le **livre 4,**

¹⁹⁷ Cf. Titre supra p 50 : "**B) Un but pleinement atteint par le référencement**".

¹⁹⁸ **CARBONNIER** : "Droit Civil" T 2 n° 116 P.U.F.

titre 4 du Code de commerce traitant de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées, au titre des dispositions générales dans le chapitre préliminaire sous l'**article L 440-1**. Cet article, qui crée la commission d'examen des pratiques commerciales, énumère ses nombreuses possibilités de saisine et prévoit même qu'elle puisse se saisir d'office.¹⁹⁹ On retrouve cette tendance, encore, dans la référence à une sanction pénale pour de nombreuses dispositions du titre quatrième, ce qui laisse également la possibilité au parquet de se saisir d'un problème donné en cas d'infraction avérée. On la retrouve, enfin, de manière explicite, dans les dispositions relatives aux pratiques discriminatoires de l'**article L.442-6 III du Code de commerce** qui prévoit la possibilité d'action pour toute personne justifiant d'un intérêt et pour le Ministre de l'économie, le Procureur de la république et le Président du Conseil de la Concurrence.²⁰⁰ C'est néanmoins sur cette distinction formelle, maintenue pour les besoins de notre étude, que reposera notre recherche de la validité du référencement en distinguant, successivement, dans notre §1) : la validité du référencement face à l'ordre public de protection et, en §2), la validité du référencement face à l'ordre public de direction.

¹⁹⁹ **Article L 440-1 IV du Code de commerce** : "La commission est saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission."

²⁰⁰ **Article L.442-6 III du Code de commerce** : " L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la Concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. (L. no 2005-882 du 2 août 2005, art. 49-IV) «Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.»

§1) Une validité reconnue au regard de l'ordre public économique de protection

84. La confrontation de l'objet du référencement avec les dispositions du **titre 4 livre 4 du Code de commerce** est une étape importante pour la reconnaissance de sa validité de principe.

C'est une étape importante, dans la mesure où, malgré la perte de singularité de l'ordre public de protection que nous avons précédemment soulignée, c'est tout de même dans ce corpus juridique que se trouve réuni l'essentiel des dispositions nationales mises en œuvre à l'encontre de la grande distribution et de la puissance d'achat, et donc, les plus susceptibles de mettre en cause la licéité de cette relation contractuelle ; les règles anticoncurrentielles s'alignant largement sur leurs équivalentes européennes. Lors de cette première étape, une fois déterminées les différentes dispositions pouvant s'appliquer au référencement, il conviendra de s'interroger sur leur portée quant à la question de sa validité en tant que relation contractuelle. Il convient, d'abord, de faire le tri entre les mesures de cet ordre public de protection qui, de toute évidence, ne concernent pas le référencement ou qui ne peuvent être d'aucune influence sur sa validité et celles qui, au contraire, peuvent avoir une influence (A), avant d'aborder la question des implications pour notre sujet qui pourraient effectivement naître de ces dispositions (B).

A) : L'application au référencement du livre 4, titre 4 du Code de commerce

85. En tant que pratique commerciale, le référencement est naturellement soumis aux règles de transparence tarifaire du Code de commerce, tout comme il l'est à celles prohibant les pratiques restrictives de concurrence, ainsi que, dans une certaine mesure, aux autres pratiques prohibées au chapitre III de ce même **titre 4 du livre 4 du Code de commerce**.

La portée de ces dispositions, au regard de la question de sa validité, est néanmoins inégale. La plupart lui sont totalement indifférentes, d'autres ne la concernent qu'à la marge, certaines sont fondamentales. Avant d'aborder cette question de valeur, la première opération consiste, déjà, à déterminer quelles sont, parmi ces dispositions, celles qui sont applicables à cette relation contractuelle.

1) L'application des règles de transparence

86. Si le référencement est visé par certaines des dispositions relatives à la transparence des relations commerciales, en tant que pratique commerciale entre professionnels, il ne sera, en revanche, pas concerné par les règles relatives aux conditions de vente aux consommateurs.²⁰¹

De la même façon, si l'on se base sur la définition que nous avons adoptée de son objet,²⁰² le référencement ne se verra pas plus concerné par l'exigence d'un contrat écrit pour les services rendus à l'occasion de la revente de produits agricoles périssables, même si l'**article L.441-2-1** fait référence à "*un distributeur ou prestataire de services*" comme tributaire de cette obligation.²⁰³ En effet, le référencement ne vise que la négociation des conditions de vente. Néanmoins, un regroupement pourrait, le cas échéant, négocier ces obligations sur la base d'un autre contrat d'intermédiation. Dans tous les cas, cependant, cette exigence de forme ne sera d'aucune incidence sur la validité intrinsèque de l'objet du référencement.

87. En raison de la formulation volontairement étendue de l'**article L.441-3 du Code de commerce** qui vise indifféremment "*Tout achat de produit ou toute prestation de service*", le référencement, quelle que soit la perception de sa nature juridique sera, en revanche, soumis au principe de facturation.²⁰⁴

Le rôle d'intermédiaire à l'achat du référenceur peut, en effet, indifféremment s'analyser comme une opération d'achat à l'égard des fournisseurs, ou une prestation de services d'intermédiation à l'égard de ses membres, voire également, selon l'interprétation du référencement, à l'égard des fournisseurs. Cette réglementation n'entraîne pourtant aucune conséquence non plus quant à sa validité. En effet, sa nullité ne saurait être invoquée sur l'illicéité de son objet tel

²⁰¹ Cf. **Article L. 441-1 du Code de commerce** : "*Les règles relatives aux conditions de vente au consommateur sont fixées par l'article L. 113-3 du code de la consommation.*".

²⁰² Voir, n° 36 : "*..La négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres.*".

²⁰³ Cf. **Article L. 441-2-1 du Code de commerce** : "(L. no 2005-157 du 23 févr. 2005, art. 33) *Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération (L. no 2008-3 du 3 janv. 2008, art. 4-I) «de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct,» que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.*".

²⁰⁴ Cf. **Article L. 441-3 du Code de commerce** : "*Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.*".

que nous l'avons précédemment défini, objet qui n'est nullement mis en cause ici.

88. Le référencement est également concerné par l'obligation de communication des conditions de vente issue de l'**article L. 441-6 I du Code de commerce**.²⁰⁵

Cette obligation de communication, qui reprend les termes de l'**ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, vise : "*tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur*". Cette formulation permet, donc, de soumettre à cette obligation les regroupements agissant au titre du référencement, puisque alors, en toute hypothèse, prestataires de services à l'égard de leurs membres, mais peut être aussi, selon l'interprétation faite du contrat de référencement, en tant que prestataires de services à l'égard des fournisseurs référencés.²⁰⁶ De la même façon, le référencement est également concerné par cette obligation dans la faculté, pour les centrales et groupements, de se faire communiquer aussi par les fournisseurs, leurs conditions de vente ; même si cela n'a, dans les deux cas, aucune influence sur sa validité. La question aurait pu néanmoins se poser, au regard de la formulation de l'**article L. 441-6 I**. Cet article qui reprend les termes de l'**ancien article 33.1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, vise : "*tout acheteur de produits, ou tout demandeur de prestations de services*" comme bénéficiaire de cette communication. Cette formulation est ambiguë. En effet, « *tout acheteur de produits* » concerne, certes, les structures d'intégration à l'achat agissant par la technique d'achat/vente ou encore agissant en tant que commissionnaires, mais certainement pas celles utilisant la technique du référencement, puisqu'elles se contentent de négocier les conditions de vente et ne sont, à aucun moment, à proprement parler « acheteur ». Pareillement, la référence à un "*demandeur de prestation de services... pour une activité professionnelle*", même si elle renforce l'obligation de communication de la part du

²⁰⁵ **Art. L. 441-6 I** : "*Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Elles comprennent :*

- les conditions de vente;
- le barème des prix unitaires;
- les réductions de prix;
- les conditions de règlement.

Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne porte que sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestation de services d'une même catégorie.

Les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale. Dans le cadre de cette négociation, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, en outre, convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa."

regroupement à l'achat prestataire de service à l'égard d'un fournisseur, ne fonde nullement a priori la demande de cette même structure d'intégration à l'égard de ce même fournisseur, puisqu'elle n'agirait alors ni comme acheteur de produit, ni comme demandeur de prestation de services. Sous le régime de l'**ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, les auteurs en avaient, néanmoins, tiré la conclusion d'une possibilité pour les regroupements à l'achat, prestataires de services, de s'en prévaloir.²⁰⁷ Il est évident, en effet, que les rédacteurs des différentes réformes de la loi GALLAND n'ont pas sciemment voulu écarter les regroupements à l'achat du bénéfice de ces dispositions, même si la rédaction inchangée de ce texte pourrait, dans une interprétation stricte, en faire douter.²⁰⁸ L'application de ce texte à ces structures sera particulièrement importante dans la possibilité, issue de la **loi LME du 4 août 2008**, d'une différenciation des conditions de vente ; dans la mesure où ces structures ont, naturellement, vocation à négocier ces conditions de vente différenciées et catégorielles. Les regroupements à l'achat seront, par ailleurs, également visés en tant que prestataires de services par l'**article L.441-6 III** concernant l'application des obligations d'information de l'**article L-112-2 du code de la consommation**.²⁰⁹

89. La question se pose complètement différemment, en effet, dans l'**alinéa 3 de ce même article L. 441-6 I**, qui prévoit que : "*Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, en outre, convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au 1^{er} alinéa.*".

Si l'on s'attache à une définition stricto sensu du référencement, celui-ci vise la négociation de conditions de ventes pour ses membres, ce qui est, a priori, incompatible avec la négociation de conditions particulières. Ces accords devraient, alors, revêtir un caractère subsidiaire par rapport aux conditions générales de vente, selon les principes antérieurement appliqués à la coopération commerciale quand elle était, elle-même, définie comme un ensemble de services

²⁰⁶ Nous faisons ici référence à l'opinion émise par **Mme ANDREE** d'un référencement analysé en double courtage. Voir, les développements infra : Titre "**§ 2) L'hypothèse du double courtage**" p 244 et suivantes.

²⁰⁷ Cf. **M.ARHEL** <<Les conditions générales de vente>> Revue Concurrence et Consommation, juillet août 1993 p 10.

²⁰⁸ Cf. **Loi du 1er juillet 1996 (dite loi Galland)** visant à améliorer la transparence et la loyauté des transactions commerciales et à rééquilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs.

²⁰⁹ **Art. L. 441-6 III** : "*Tout prestataire de service est également tenu à l'égard de tout destinataire de prestation de services des obligations d'information définies à l'article L.111-2 du Code de la consommation.*".

spécifiques.²¹⁰ Ce n'est donc pas au titre d'un contrat de référencement, à proprement parler, que ces structures devraient négocier pour le compte individuel de leurs adhérents, mais sur la base d'un autre accord d'intermédiation. Cependant, ces accords particuliers, s'ils échappent à l'obligation de communication des conditions de vente négociées, restent, en revanche, inclus dans l'obligation d'une convention écrite unique ou, peut-on penser plus justement, dans les contrats d'application du contrat-cadre annuel prévu.

90. Cette convention écrite prévue par l'**article L.441-7 I du Code de commerce** modifié par la **loi du 17 mars 2014 relative à la consommation** a vocation de s'appliquer largement aux conventions commerciales.

En effet, cette disposition récemment complétée conçoit de manière étendue cette obligation écrite en faisant référence au résultat des négociations commerciales, y compris les réductions de prix, ce qui concerne bien évidemment le référencement mais permet, également, d'englober tout accord issu d'une négociation commerciale annexe qui ne serait pas spécifiquement prévu.²¹¹

91. Pour conclure, il faut signaler que le référencement n'est pas visé, néanmoins, par les nouvelles dispositions sur la coopération commerciale de l'**article L. 441-7 I 2°** également modifié par la **loi du 17 mars 2014 relative à la consommation**.²¹²

²¹⁰ Cf. **Circulaire du 22 Mai 1984, dite circulaire Delors**, relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprise BOCCRF BOSP n° 9 24 Mai 1984 p 148, précité ; **MOUSSERON** << Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 80 n° 109 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 1995 p 147 n° 263.

²¹¹ Cf. **Article L.441-7 I**. "*Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Elle indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :*

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.".

²¹² **Article L. 441-7 I 2° du Code de commerce** (L. no 2005-882 du 4 août 2008, art. 92-II) ..."
Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout services propres à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des

Ces dispositions ne peuvent, logiquement, concerner le référencement, dans la mesure où elles visent des services détachables des obligations d'achat et de vente, principe déjà posé par la doctrine et la jurisprudence antérieures à la **loi du 2 août 2005**.²¹³ Principe clarifié par le nouvel article qui vise les services intervenus à l'occasion de la revente, en opposition au référencement dont l'objet consiste en la négociation de conditions de vente. Cela ne signifie pas qu'un organe de regroupement à l'achat ne puisse, au cours des discussions de référencement, négocier également de tels accords de coopération au profit de ses membres. Au contraire, même, puisque cette coopération s'insère, elle aussi, dans la convention écrite annuelle instituée par l'**article L. 441-7**. Cela implique seulement que, dans cette perspective, le regroupement n'agirait pas en référenceur, au sens strict, mais en tant qu'un autre intermédiaire, tel que mandataire.²¹⁴ On peut également envisager qu'il soit reconnu conclure, à titre propre, un tel contrat.²¹⁵ Les mêmes remarques peuvent être faites pour l'**article L. 441-7 I 3°** qui exige, également, la rédaction d'un accord écrit pour les contrats portant sur les "*autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale*", différentes de celles relatives aux conditions de vente proprement dites et à la coopération commerciale, et destinées à favoriser les conditions commerciales entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services.²¹⁶ En effet, notre définition du référencement concerne la négociation de "*conditions de vente*", ce qui stricto sensu écarte ces "*autres obligations*". Cependant, rien dans le texte n'interdit que ces "*autres obligations*" soient négociées pour un ensemble de distributeurs, et leur rattachement express à la détermination du prix convenu, concoure à ne les distinguer des conditions de vente que par leur régime, moins que par leur nature, puisque n'étant pas de la coopération commerciale, elles ne sont pas détachables des opérations de vente.²¹⁷ Elles formeraient, donc, une catégorie intermédiaire avec celle des "conditions particulières de vente" et à ce titre, seraient négociables pour un

obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;".

²¹³ Cf. pour la doctrine **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 2^{ème} édition p 145
Pour la jurisprudence, Cf.. **Cour de Cassation 27 février 1990 ; Cour de cassation chambre commerciale 24 octobre 2000** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) pour le caractère détachable du service par rapport à la vente.

²¹⁴ Voir, dans ce sens **M. DELBARRE** "La coopération commerciale : à la recherche d'une définition" p 56 dans <<Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence>> collection Thèmes et commentaires. DALLOZ 2006.

²¹⁵ Pour un exemple jurisprudentiel, voir : **Cour de Cassation chambre commerciale 16 décembre 2008** N° de pourvoi : 08-13162 (Arrêt inédit, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

²¹⁶ Cf. **Article L. 441-7 I 3° du Code de commerce** : "...Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution."

²¹⁷ Voir, sur ces questions, **Mme Emmanuelle CLAUDEL** <<Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1re partie]>> RTD Com. 2008 p. 698 n° 16.

regroupement donné de distributeurs dans un référencement.

2) La prohibition des pratiques restrictives et autres

92. Très logiquement, le référencement ne sera pas visé par les dispositions relatives à la revente à perte, puisque son objet n'est pas d'assurer une revente du regroupement à l'achat à ses adhérents, mais de réunir les conditions pour une vente directe des fournisseurs référencés aux distributeurs membres. ²¹⁸

En ce qui concerne sa soumission à la prohibition de l'imposition d'un prix de vente minimal, la réponse sera plus nuancée. ²¹⁹ Certes, l'objet du référencement englobe la discussion de barèmes de vente, mais il n'emporte en son principe aucune pression sur les prix à la revente qui restent du libre ressort des distributeurs. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que les fournisseurs référencés aient subordonné le versement d'un avantage spécifique à cette obligation d'un prix de revente minimum ou aient subordonné le référencement lui-même à cette obligation. Cette situation devrait, alors, donner lieu à l'application du régime de droit commun en la matière. Cependant, quelle que soit la situation envisagée, l'échange de l'imposition d'un prix minimum à la revente d'un produit référencé pour un avantage commercial quelconque, ne saurait être considéré comme l'objet du référencement. En conséquence, cette prohibition ne peut être d'aucune influence sur la validité de cette relation juridique. En revanche, l'hypothèse où le fournisseur subordonnerait son référencement à une telle imposition d'un prix de revente minimal, pourrait entraîner la nullité relative du contrat de référencement concerné, au titre de l'ordre public économique de protection, dans la mesure où la cause de l'engagement du fournisseur se trouverait bien dans cette pratique et, de ce fait, serait illicite.

93. C'est au regard de la prohibition des pratiques discriminatoires instituée par l'**article L.442-6 du Code de commerce**, également modifié par la **loi du 17 mars 2014 relative à la consommation**, que les principales questions sur la validité du référencement sont susceptibles de se poser.

²¹⁸ Cf. **Art. L. 442-2 du Code de commerce** : "Le fait, pour tout commerçant, de revendre d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif."

Deux remarques préalables doivent être faites avant de mesurer son impact :

- La première a trait aux personnes dont le comportement est susceptible d'être sanctionné. Ces personnes sont précisées dans l'**article L 442-6 I premier alinéa du Code de commerce**.²²⁰

On peut d'abord constater que cet article reprend partiellement les termes de l'**alinéa premier de l'ancien article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986** visant " *tout producteur, commerçant, industriel ou artisan*" qui causerait un préjudice. Or, si en tant que " *commerçant*" les distributeurs membres d'un regroupement à l'achat sont incontestablement concernés par cette disposition, en revanche, le caractère de commerçant des structures de regroupements à l'achat reste subordonné à l'étude du régime juridique du référencement. On a pu estimer cependant, sous l'empire de l'ancien texte, que le régime de l'**article 36** leur était de toute manière applicable, dans la mesure où ses dispositions visaient déjà les « *producteurs* ». Certains auteurs estimaient avec raison, à notre sens, qu'un producteur de service devait être assimilé à un " *prestataire*" qui n'est qu'un anglicisme.²²¹ Il paraîtrait étonnant, par ailleurs, de refuser d'incriminer les organes référenceurs sur cet article quand, comme nous allons le voir, ils sont spécifiquement concernés par certaines de ses dispositions. Resteraient donc, seuls exclus de ces dispositions, les intermédiaires non professionnels. On peut penser que le législateur a ainsi uniquement voulu sciemment écarter les syndicats et autres centrales d'achat de particuliers pratiquant le référencement. De fait, même si le développement récent des rapports de la grande distribution montre une domination de la puissance d'achat, il convient de ne pas oublier que les fournisseurs, en tant que producteurs industriels ou personne immatriculée au répertoire des métiers sont, à ce titre, également visés par l'**article L 442-6 I du Code de commerce** et qu'ils peuvent également engager leur responsabilité sur la manière dont ils pratiqueraient, à leur niveau, le référencement. On retrouve cette même catégorie de personnes visées dans l'**article L.442-6 II du Code de commerce** qui énonce la nullité de certaines clauses ou contrats.

- La seconde remarque préalable concernant l'**article L.442-6** a trait à la portée de la protection qu'il instaure dans la mesure où, non seulement celle-ci est ouverte largement par l'**article L.442-6 III** à toute personne intéressée, mais

²¹⁹ Cf. **Article L. 442-5 du Code de commerce** : "Est puni d'une amende de 15 000 € le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale."

²²⁰ **Article L 442-6 I du Code de commerce** : "Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : ".

également, à un certain nombre d'instances que sont le ministère public, le ministre chargé de l'économie et le président de l'autorité de la concurrence.

Cette protection incluant la possibilité, pour le ministre chargé de l'économie et le ministère public, de demander l'annulation de certaines clauses ou contrats instituant les pratiques discriminatoires,²²² dont certaines, énumérées dans la partie II de ce même **article L.442-6**, sont d'office déclarées nulles par le législateur.²²³ C'est, donc, le principe d'une nullité relative qui est ici largement battu en brèche, s'agissant d'une mesure relevant théoriquement de l'ordre public de protection. Les autres dispositions prévues aux **chapitres II et III du titre 4 livre 4 du Code de commerce** sont, soit dénuées de rapport direct avec notre questionnement actuel de la validité de principe du référencement,²²⁴ soit ne le concernent qu'à la marge, en tant que pratiques réglementées ou sanctionnées susceptibles d'être produites lors d'un référencement.²²⁵

²²¹ Cf. **M. ARHEL** <<Les conditions générales de vente>> revue concurrence et consommation juillet août 1993, précité.

²²² Cf. **Article L. 442-6 III du Code de commerce** : "L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article."

²²³ Cf. **Article L. 442-6 II du Code de commerce** : " Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;
d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;
e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans."

²²⁴ Cf. **Article L. 442-7 du Code de commerce** : " Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts."

- **Article L. 442-8 du Code de commerce** : "Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics..."

- **Article L. 442-9 du Code de commerce** : "Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle telle que définie par l'article L. 611-4 du code rural, des prix de première cession abusivement bas pour des produits figurant sur la liste prévue à l'article L. 441-2-1 du présent code..."

²²⁵ Cf. **Article L. 442-10 du Code de commerce** : "Est nul le contrat par lequel un fournisseur s'engage envers tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, lorsque l'une au moins des règles suivantes n'a pas été respectée..."

- **Article L. 443-1 du Code de commerce** : "A peine d'une amende de 75 000 euros, le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur..."

- **Article L. 443-2 du Code de commerce** : " Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'opérer la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services, soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance..."

Ces remarques préliminaires étant faites, il convient à présent de vérifier la compatibilité d'une relation de référencement avec les dispositions de l'**article L.442-6 du Code de commerce**, principal obstacle à la reconnaissance d'une validité de principe de cette relation contractuelle.

B) Une soumission spécifique aux pratiques discriminatoires

94. Le problème de la compatibilité du livre 4 du 4^{ème} titre du Code de commerce se pose essentiellement par rapport à l'**article L.442-6**, successeur de l'**ancien article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, dont il reprend le principe d'incrimination des pratiques discriminatoires et le décline, à l'égard des pratiques de la grande distribution, à la lumière des décisions jurisprudentielles intervenues sous le précédent régime.

Ce qui est frappant de constater, à propos de cet article, c'est le nombre de modifications dont il a fait l'objet dont, toutes, visent un même objectif de contrer les nuisances potentielles ou avérées de la puissance d'achat, alors même, que la jurisprudence développée sur les principes généraux énoncés dans l'**ancien article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, aboutissait peu ou prou à un même résultat.²²⁶ C'est ici un bel exemple de la tendance inflationniste de notre système législatif et réglementaire qui s'acharne à codifier dans le détail des situations qui, bien souvent, doivent de toute façon s'apprécier in concreto, et nécessitent, au bout du compte, l'insertion dans le texte de loi de formules conditionnelles laissant la place à l'appréciation des juges.²²⁷ Il convient, néanmoins, de modérer cette remarque générale concernant quelques apports fondamentaux de ces réformes, notamment à l'égard des derniers textes en date sur la question, notamment, de l'établissement du principe du prix trois fois net et l'abandon de l'incrimination "per se" des pratiques discriminatoires.

- **Article L. 443-3 du Code de commerce** : " *Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal des Infractions définies aux I et II de l'article L. 443-2...*".

²²⁶ Cf. **Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996** ; **Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001** ; **Décret n° 2002-689 du 30 avril 2002** ; **Loi n° 2003-7 du 3 janv. 2003** ; **Loi n° 2005-882 du 2 août 2005** ; **Loi du 6 janvier 2008** ; **loi n° 2008-776 du 4 août 2008** et enfin, la dernière en date : **loi n°2014-344 du 17 mars 2014** relative à la consommation.

²²⁷ Voir, concernant cette discussion, **M. Jean-Louis FOURGOUX** << Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ?>> *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2006, 26 ; **M. Luc-Marie AUGAGNEUR**, Avocat << Transparence tarifaire, opacité législative, réflexions sur l'impuissance de la loi >> *RTD Com.* 2008 p. 22 ; **Mme Laurence NICOLAS-VULLIERME** *JurisClasseur Concurrence – Consommation* 28 Juillet 2010 Fasc. 290 << Pratiques restrictives sanctionnées civilement>>.

1) L'applicabilité de l'article L.442-6 au référencement

95. L'ancien **article L.442-6 I 1° du Code de commerce** visait le fait " *De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence;*".

Cet article était applicable au référencement à plusieurs titres. Le fournisseur référencé apparaît bien comme un partenaire économique, le référencement peut être assimilé à une technique d'obtention de prix, de délais de paiement, de conditions de vente et il peut apparaître, également, comme une modalité de vente ou d'achat. Même si la rédaction de ce début de l'**article L.442-6 du Code de commerce** a profondément été modifiée par la **réforme du 4 août 2008** dite loi pour la modernisation de l'économie, le nouvel **article L.442-6 I 1° du Code de commerce** reste applicable au référencement. Cet article incrimine le fait "*D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu...*".²²⁸ On peut estimer, en effet, que le fournisseur référencé apparaît bien comme un partenaire commercial et, de la même façon, que l'objet du référencement consiste bien en l'obtention d'avantages. Cette constatation entraîne, néanmoins, des précisions en terme d'imputabilité. En effet, si le référencement consiste bien en l'obtention d'avantages, cette obtention n'est pas techniquement due à la structure de référencement mais au regroupement des distributeurs à qui elle profite ; la question de la "commission de gestion" étant à part, puisqu'elle rémunère, en théorie, une prestation de services. Néanmoins, l'**article L.442-6 I 1°** devrait également trouver application pour ces structures. En premier lieu, parce que l'on peut considérer que l'expression " *tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque*" recouvre l'action d'intermédiation du référenceur, mais aussi, parce que cette nouvelle rédaction intègre comme exemple d'avantages injustifiés,

²²⁸ **Article L.442-6 I 1e du Code de commerce**, modifié par la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 93 qui précise ... *Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;*".

également des avantages au profit de ces structures.²²⁹

96. Une autre disposition de l'**article L.442-6 I du Code de commerce** serait susceptible de s'appliquer au référencement, il s'agit de l'**article L.442-6 I 2°**.

L'**ancien article L.442-6 I 2°b)** concernait le fait : "*D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées*";". L'abus de puissance d'achat était spécifiquement visé et la question de son applicabilité aux regroupements de distributeurs ne posait pas de problème. Dans un souci de simplification la nouvelle loi vise plus généralement, dans le nouvel article **L.442-6 I 2°**, le fait : "*De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ;". On constate, donc, que la rédaction large de ce texte permet d'incriminer un organisme référenceur sur sa façon de pratiquer un référencement. Cependant, on doit remarquer que, techniquement, elle n'incrimine pas directement les membres du regroupement qui se contentent de profiter des résultats de son action, contrairement au texte antérieur qui visait spécifiquement l'abus de puissance d'achat. Il faut, alors, faire appel à l'esprit de la loi pour admettre cette incrimination.

97. Si l'on poursuit dans cette analyse de l'applicabilité de l'**article L.442-6 du Code de commerce** au référencement, on arrive à l'**article L.442-6 I 3°**, resté inchangé, qui précise qu'engage la responsabilité de son auteur : "*D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit* ;".

Cette fois encore, on peut estimer que la référence à l'obtention, ou la tentative d'obtention d'un avantage, fonde l'applicabilité de cette disposition aux structures de référencement comme aux distributeurs membres.

98. Apparaît également applicable au référencement, l'**article**

²²⁹ "*Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore de rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en*

L.442-6 4° modifié qui vise le fait "*D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;*". Comme précédemment, même s'il s'agirait là d'une application "perverse", et impliquant ses auteurs en cas de dérive, l'obtention et la tentative d'obtention de prix, de délais de paiement et de modalités de vente, reste bien conforme à l'objet du référencement en permettant, le cas échéant, son incrimination directe sur cet article.

99. Ne paraissent, en revanche, nullement applicables au référencement :

- **L'article L.442-6 I 5° du Code de commerce**, dans la mesure où l'objet du référencement ne consiste pas dans le fait "*De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie...*". Le déréférencement ne saurait être considéré comme une application de l'objet du référencement.²³⁰

- **L'article L.442-6 I 6° du Code de commerce**, dans la mesure où l'objet du référencement ne consiste pas plus dans le fait "*De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence;*".

- **L'article L.442-6 I 8° du Code de commerce**, dans la mesure où l'objet du référencement ne suppose pas non plus : "*De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas*

cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;" **Code de Commerce article L. 442-6 I 1°.**

²³⁰ **Article L.442-6 I 5° du Code de commerce :** "*...De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;*".

LE REFERENCEMENT

certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant."

- Idem en ce qui concerne l'**article L.442-6 I 9° du Code de commerce** pour le fait *"De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L.441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;"*.

- Ainsi que l'**article L.442-6 I 10° du Code de commerce**, pour le fait *"De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation."*

- Comme l'**article L.442-6 I 11° du Code de commerce** qui sanctionne le fait *"D'annoncer des prix hors des lieux de vente, pour un fruit ou légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L. 441-2 du présent code ;"*.

- Et l' **article L.442-6 I 12° du Code de commerce** pour le fait *"De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8."*.

100. Doit enfin être étudié l'**article L.442-6 II** qui énonce que *" Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :*

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux

entreprises concurrentes par le cocontractant ;

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans."

Certes, ce dernier article pourrait partiellement être applicable à un référencement, dans la mesure où les dispositions du a) du b) du d) et du e) in fine peuvent en être issues et le rendre annulable, en l'espèce. Cependant, la question de la validité du référencement, au regard de la réglementation des pratiques restrictives de concurrence, ne consiste pas en ce que ses dispositions lui soient applicables, mais en ce qu'elles soient compatibles, ou non, avec son objet.

C'est ce qu'il convient de voir à présent.

2) La compatibilité de l'article L.442-6 avec le référencement

101. Comme nous avons pu le constater, **l'article L.442-6 du Code de commerce** pose le principe général de la prohibition des pratiques discriminatoires, pour le décliner, ensuite, au regard des pratiques constatées de la grande distribution ; dont certaines peuvent être applicables au référencement.

Cependant, si l'on souhaite répondre véritablement à la question de la validité de principe du référencement au regard de cet article, il s'agit de déterminer si cette pratique, ou les résultats directement liés à cette pratique, sont ou ne sont pas discriminatoires, et non pas, s'ils peuvent le devenir en fonction de l'utilisation faite du référencement. Le problème se résume donc à cette question : le référencement est-il en lui-même une pratique discriminatoire ? Il semble que, d'emblée, la doctrine et la jurisprudence aient entendu cette notion comme étant celle d'une rupture d'égalité du contrat en lui-même, soit une absence de commutativité, prolongement pour le droit de la concurrence de la notion propre au droit des contrats d'absence de cause effective.²³¹ On retrouve cet esprit dans la notion de "*contrepartie réelle*" utilisée par **l'ancien article 36.1 et L.442-6 I 1° du Code**

²³¹ **M.Alain PIETRANCOSTA** Les petites affiches 1988, doc n° 99.

de commerce, comme justification de la rupture d'égalité.²³² Concept repris dans le nouvel **article L.442-6 I 1°** de la récente loi sur la modernisation de l'économie aux termes d'une formule plus large consistant dans le fait «*D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.*».²³³ En revanche, la deuxième condition d'applicabilité de l'ancien **article L.442-6 1° du Code de commerce**, également issue de l'**ancien article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, et reposant sur la création d'un avantage ou un désavantage dans la concurrence, n'a pas été reprise. Beaucoup d'auteurs s'étaient, il est vrai, accordés sur le caractère superflu de cette disposition,²³⁴ en soulignant qu'une discrimination entraîne nécessairement une modification des rapports concurrentiels entre les acteurs économiques.²³⁵ Ce principe de commutativité a, en revanche, été généralisé par l'**article L.442-6 I 2°** au déséquilibre entre les obligations des parties.²³⁶ Au regard de ces différents critères, l'objet du référencement tel que nous l'avons défini, c'est-à-dire : «*...la négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres.*», n'apparaît pas, a priori, discriminatoire en lui-même. En effet, il ne contient pas intrinsèquement une rupture de la

²³² **Article 36.1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**. L'avancée de cette notion par rapport à la définition de l'article 37.1 de la loi précédente dite Royer du 23 décembre 1973 par ailleurs difficilement applicable au référencement qui exigeait une justification «*...Par des différences correspondantes du prix de revient de la fourniture ou du service...*» a été soulignée en son temps par de nombreux auteurs. Cf. : **M. Alain PIETRANCOSTA** Les petites affiches 1988 n° 253 ; **M. PIGASSOU** chronique DALLOZ 1980 p 105. La nouvelle définition devant s'entendre comme : «*la levée d'une ambiguïté sur l'économie à prendre en compte qui doit être une économie de coût de commercialisation et non de production.*».

²³³ **LOI n°2008-776 du 4 août 2008** - art. 93.

²³⁴ **M. VISSARAMY** << le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels >> DALLOZ 1988 Chronique XVIII p 114 n° 7 ; **J.M MOUSSERON, Véronique SELINSKY, Didier FERRIER** << le mort saisit le vif >> JCP entreprise 1987 II 14840 p9 n°41.

²³⁵ Sur cette question, **M. Didier FERRIER** émettait cependant deux hypothèses intéressantes :
 - La première consisterait à voir dans "l'exception d'alignement", une raison d'être à cet article. Il s'agit de l'opération par laquelle dans un secteur géographique donné où s'exercerait une forte concurrence, un fournisseur pratiquerait une discrimination positive à l'égard du distributeur qui y est soumis, par rapport aux distributeurs situés dans une zone où la concurrence est moins vive. Cette pratique a été admise sous l'empire de l'ordonnance du 1er décembre 1986. M. Ferrier en tire la conclusion que «*...On peut concevoir une discrimination non justifiée par des contreparties réelles et ne créant pourtant pas un avantage ou un désavantage dans la concurrence, parce qu'elle vise précisément à corriger un déséquilibre et à remédier à un handicap concurrentiel...*» Un référencement intégrant une discrimination de ce type serait donc valide au sens du nouvel article L.442-6.
 - Dans la seconde, M. Ferrier développe une argumentation analogue pour la pratique dite de «*l'exception de pénétration d'un marché*», dans laquelle cette fois, il ne s'agit plus d'une attitude justifiée parce que défensive du fournisseur, mais au contraire offensive, en terme de concurrence, puisque visant à pénétrer un marché jusque là fermé à ses produits. Son argumentation repose sur la constatation qu'il n'y a pas, malgré la discrimination accordée aux fournisseurs «*...Un avantage dans la concurrence par rapport aux autres distributeurs, puisqu'il n'intervient pas sur le même marché et que les conditions préférentielles doivent permettre précisément de concurrencer les distributeurs concurrents et donc favoriser la concurrence...*» Dans l'hypothèse où le référencement générerait un tel type de pratique, il n'apparaîtrait donc pas non plus discriminatoire. Cf. **M. Didier FERRIER** << Droit de la Distribution >> 1^{ère} édition Litec 1995 p 139 n° 249 et jurisprudence citée ; Voir, également **M. J. Azéma** " Le Droit Français de la concurrence" P.U.F p 366 n° 560.

commutativité des contrats de référencement souscrits, ni dans les conditions de vente négociées, ni dans les obligations des parties. Ce constat apparaît valable pour toutes les configurations contractuelles du référencement et pour toutes les déclinaisons de cette incrimination des pratiques discriminatoires, propres à la puissance d'achat, énumérées dans l'**article L.442-6**. C'est seulement les conditions dans lesquelles les contrats de référencement seront conclus et les avantages obtenus qui influenceront sur leur validité. C'est à ce constat que s'est rangée, dès le début, l'autorité de la concurrence si l'on en croit une formule générale contenue dans l'**Avis de la Commission de la Concurrence du 30 octobre 1986** sur la supercentrale ARCI association qui précise que : *"La recherche, par des distributeurs, des meilleures conditions d'achat et les surenchères dans la baisse des prix de vente ne sont pas en elles-mêmes des phénomènes anticoncurrentiels. Ils témoignent, au contraire, de la vigueur avec laquelle certains secteurs des industries de biens de grande consommation, d'une part et de la distribution d'autre part, se confrontent actuellement."* ²³⁷

102. Ce principe général de validité du référencement au regard de l'**article L.442-6 du Code de commerce** étant admis, celui-ci pose encore un problème particulier dans la disposition **L.442-6 I 3°** qui précise qu'engage la responsabilité de son auteur : *"D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ; "* ²³⁸

La formulation de cet article pourrait laisser planer une ambiguïté quant à sa portée concernant le référencement, dans la mesure où la nature même de cette relation contractuelle consiste, précisément, en la négociation de conditions de vente sous forme de barème d'avantages qui bénéficieront aux distributeurs membres du regroupement à l'achat et de ce fait consiste, effectivement, en l'obtention ou en la tentative d'obtention d'avantages au profit des distributeurs avant toute commande de leur part. On pourrait, donc, considérer que le référencement, en tant que nouveau mode d'approvisionnement, est directement visé par les dispositions de l'**article L.442-6 3°**. Si cela était le cas, le fait de subordonner sa validité à un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné ou un service, limiterait de manière considérable ses conditions de validité et, par-là même, l'une de ses

²³⁶ Cf. **Article L.442-6 I 2** " De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;".

²³⁷ **Avis de la Commission de la Concurrence du 30 octobre 1986**, relatif aux pratiques commerciales de la centrale ARCI association.

²³⁸ Cf. **Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996**.

caractéristiques qu'est la variabilité des engagements des parties. Concrètement, cela aurait pour conséquence de limiter sa validité aux cas de référencements fermés ou semi-fermés, seuls à même de répondre aux exigences de l'article. L'analyse des rapports parlementaires ayant débouché sur cette disposition démontre, cependant, qu'il n'en est rien et que cette mesure vise spécifiquement la pratique contestable de la "prime de référencement" qui consiste, pour les regroupements de distributeurs, à exiger avant toute commande ce qui a été qualifié de "droit d'entrée", sous forme d'une remise plus ou moins importante, n'ayant d'autres fondements que le fait de pouvoir être référencé. Alors que le référencement vise, plus exactement, à prévoir des avantages dont l'assiette dépendra des commandes futures des membres.²³⁹ Les premiers commentateurs de cette modification ont donc logiquement limité la portée de ce texte à l'avantage susvisé. Ainsi M. Louis VOGEL estime-t-il concernant cette disposition : "*L'objectif est de mettre fin à la pratique des primes de référencement sans contrepartie suffisante. Le texte est très strict ; il résulte de sa lettre et des débats parlementaires que l'octroi de prestations de service, même conséquentes, ne peut en aucun cas justifier une "prime de référencement" et qu'un volume d'achat proportionné doit être garanti en tout état de cause.*".²⁴⁰ Quant à la jurisprudence, elle a logiquement refusé d'appliquer cet **article L-442-6 I 3°** au référencement pour en contester la validité.²⁴¹ La validité de principe du référencement étant à présent établie au regard du titre 4, livre 4 du Code de commerce concernant les règles de transparence, les pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées, il convient à présent d'aborder cette question au regard du titre 2 de ce même livre 4 et des règles communautaires, concernant la réglementation des ententes et des abus de domination.

²³⁹ Ainsi, le rapport de M. **J-P CHARIE** présenté aux députés au nom de la commission de la production et des échanges précisait que dans le cadre des avantages toujours plus importants arrachés par les centrales d'achat aux fournisseurs, la remise de référencement consiste à "*accorder une remise à un client avant même qu'il s'engage sur un volume de commandes.*" et que le projet de loi présenté consistait à : "*imposer au revendeur de s'engager à acheter un volume de produits proportionné à l'avantage qu'il obtient en contrepartie du référencement de ses produits ou de s'engager à effectuer une prestation de service demandée par le fournisseur.*" Cf. **Rapport concernant le projet de loi n° 2591 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales**. N° 2595 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 6 mars 1996. Voir, également dans le même sens le **Rapport n° 2801 présenté le 21 mai 1996** à L'Assemblée Nationale après modification du texte par le Sénat en vue d'un renforcement.

²⁴⁰ Cf. : **M. Louis VOGEL** : Jurisclasseur, Contrats-Concurrence-Consommation août septembre 1996 N° 142 p 10 ; Voir, également pour une appréciation plus contextuelle : **M. Didier FERRIER** <<Les nouvelles règles du (dé)référencement>> Distribution et concurrence Cahiers de droit de l'Entreprise n° 5/1996 p 8 ; **M. Pierre ARHEL** <<Répertoire de droit commercial- Transparence tarifaire et pratiques restrictives>> Janvier 2012.

²⁴¹ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 17 mars 2004** : "*Le défaut d'écrit invoqué au regard de l'article L.442-6-I 3° n'affecte pas la validité du contrat dont une Cour d'Appel a estimé l'existence prouvée.*" D. 2004. AJ. 1233, obs. Chevrier ; JCP E 2004, no 22, p. 838; Contrats-Concurrence-Consommation. 2004, no 91, obs. Leveneur; Cah. dr. entr. 2004, no 3, p. 38, obs. Mainguy; RJDA 2004, no 1054; RLC 2005, no 2, p. 43, obs. Behar-Touchais.

§2) Une validité reconnue au regard de l'ordre public économique de direction

103. L'étude des pratiques sanctionnées par le *titre 4 du Livre 4 du Code de commerce* fait apparaître, de manière flagrante, une prise en compte des problèmes liés à la puissance d'achat dans les réformes récentes.

On retrouve cette tendance, tout aussi nettement, avec l'ajout de mesures spécifiques dans le titre consacré aux pratiques anticoncurrentielles.²⁴² On peut s'interroger sur l'utilité de ces additifs, les autorités de la concurrence ayant, depuis longtemps, posé le principe d'une possibilité d'incrimination des pratiques déviantes de la puissance d'achat, au regard des dispositions relatives aux ententes et aux abus de domination. On remarquera, d'ailleurs, que la réglementation jumelle de la communauté européenne reste pour sa part inchangée, ce qui ne met pas pour autant les entreprises concernées à l'abri de son application ; même s'il est vrai que celle-ci reste rare. Le principal obstacle à l'application de ces mesures au référencement repose, en effet, moins sur un problème d'incrimination, que sur celui de leur incidence sur le marché en cause.²⁴³ Nous aborderons classiquement ces questions, en distinguant successivement les problèmes liés à l'incrimination des ententes (A), de ceux liés aux abus de domination (B).

A) : Le référencement face au droit des ententes

104. La réglementation du droit des ententes, tant en droit national que communautaire, repose sur les mêmes principes de prohibition des accords entre entreprises, quelles que soient leurs formes, ayant un objet ou un effet négatif sur la concurrence.

La question de la soumission du référencement à ces réglementations se posera, donc, dans les mêmes termes d'applicabilité et de compatibilité. Leur différence essentielle se situe au niveau du marché où mesurer l'impact anticoncurrentiel de ce phénomène économique, forcément national pour le droit français, et communautaire pour l'autre.

²⁴² Voir, notamment la notion d'abus de puissance économique et sa référence aux pratiques discriminatoires de l'*article L 442-6*.

²⁴³ Voir, supra n° 106.

1) L'applicabilité du droit des ententes au référencement

105. La question de l'applicabilité du régime des ententes au référencement se pose, d'abord, sur un plan structurel.

Elle doit s'envisager à deux niveaux :

- en premier lieu, au niveau de la structuration du regroupement, c'est-à-dire concernant le mode d'intégration à l'achat,
- en second lieu, au niveau de la structuration du mode d'approvisionnement, c'est-à-dire concernant le contrat de référencement.

- Pour ce qui est du premier niveau :

L'**article L.420-1 du Code de commerce** vise, de manière large, toute forme de rapprochement entre entreprises,²⁴⁴ comme d'ailleurs l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui l'a précédé et l'ancien article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sous l'empire duquel la Commission de la Concurrence dans son avis sur les supercentrales d'achat estimait déjà qu'il s'agissait " *d'actions collectives concertées et la coordination ou l'unification des comportements à l'achat sur lesquels débouchent nécessairement les échanges d'informations sur les conditions d'achat.*"²⁴⁵. Cette conception large de l'entente étant en conformité avec la réglementation européenne et l'**article 101 du TFUE**.²⁴⁶ Si la qualification d'entente ne pose pas de difficultés pour les centrales d'achat qui sont un mode de regroupement à l'achat concerté contractuellement entre entreprises, concernant les groupements d'achat, en revanche, la question pourrait se poser de savoir comment une incrimination pour des pratiques collectives peut être utilisée quand l'activité anticoncurrentielle s'avère concerner une entreprise unique. Sur ce point, l'incrimination pour entente d'un groupement constituant une personne morale unique a été admise en son principe dès 1975, dans le rapport annuel de la

²⁴⁴ **Article L. 420-1 du Code de commerce (L. no 2001-420 du 15 mai 2001, art. 52)** : "*Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions...*".

²⁴⁵ **Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales" J.O 19 avril 1985 p 131.

²⁴⁶ **Article 101 TFUE** "1. *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun...*".

Commission de la Concurrence.²⁴⁷ Cette question a été définitivement réglée depuis la **Décision de la Commission de la Concurrence du 11 mai 1978** "commercialisation des briquets non rechargeables" qui a admis cette possibilité, s'agissant en l'espèce de coopérative, sous réserve que ses membres gardent une certaine autonomie de leur politique commerciale ; faute de voir cette personne morale unique analysée non comme une entente mais comme une concentration.²⁴⁸ On retrouve une jurisprudence semblable concernant l'application de l'**article 101 du TFUE**.²⁴⁹ Comme la principale obligation issue de l'opération de référencement consiste, pour les membres d'un groupement d'achat, en l'action de s'approvisionner à partir d'une liste de produits référencés, on peut penser qu'ils gardent, de ce fait, une autonomie suffisante de leur politique commerciale pour permettre leur analyse comme entente.

- En ce qui concerne le second niveau, celui d'une qualification d'entente par rapport à la structure contractuelle du mode d'approvisionnement :

Dans la mesure où la relation de référencement traduit un accord-cadre d'approvisionnement entre le regroupement à l'achat et les fournisseurs, ce simple accord sur les conditions de vente constitue bien une entente en droit national, comme en droit communautaire, quelle qu'en soit l'expression contractuelle.²⁵⁰ Dans cette hypothèse, seront logiquement incriminés pour une entente éventuelle, aussi bien les fournisseurs référencés que la structure de référencement.

106. La deuxième condition d'applicabilité du droit des ententes au référencement repose, comme il est de règle commune en matière d'entente, sur l'incidence de ce contrat en terme de concurrence sur le marché.

Cette atteinte pourrait vraisemblablement être caractérisée sur le marché français, comme l'a exprimé en son temps la Commission de la Concurrence, encore faut-il le déterminer. Ici, il ne s'agit pas globalement du marché de détail des produits dont les conditions d'achat sont négociées par les structures de référencement mais, comme l'indique la Commission de la Concurrence, du marché pertinent qui doit se

²⁴⁷ **Rapport de la Commission de la Concurrence pour 1975** p 997.

²⁴⁸ Cf. Dans le même sens, la **décision du 1^{er} Décembre 1994 du Conseil de la Concurrence** : "Entente sur les Prix, secteur des lessives", concernant le groupe Leclerc.

²⁴⁹ Cf. **CJCE 3 octobre 1974** Centrafarm ; **CJCE 24 Octobre 1996** Vilho Europe BV C:Commission ; **Tribunal CE 15 décembre 1999. Affaire T-22/97**, Kesko Oy contre Commission des Communautés européennes.

²⁵⁰ Cf. Au titre de l'**article L.420 du Code de commerce** : **Cour d'Appel de Paris 13 juillet 1991** BOCCRF 1991, 177 ; **Cour de Cassation chambre commerciale 12 octobre 1993** CCC 1993, 210 ; **Cour d'Appel de Paris 8 juillet 1994** BOCCRF 1994, 329.

définir selon les critères habituels, c'est-à-dire comme le " *marché de produits qui sont substituables entre eux pour la satisfaction d'un besoin précis des opérateurs, en l'occurrence les grands acheteurs. En d'autres termes, le besoin à satisfaire n'est pas celui, pour leurs clients consommateurs de s'alimenter, mais celui qu'ont ces acheteurs de s'approvisionner en biscuit ou en conserve de poisson par exemple.* ".²⁵¹ En revanche, la question d'une application du droit européen des ententes de l'**article 101 du traité TFUE** pose une difficulté essentielle, liée à la définition de ce marché en cause qui doit être le marché commun ou une partie de celui-ci, ce qui, en matière d'approvisionnement de la grande distribution, permettra plus difficilement de déceler un effet restrictif de concurrence suffisant pour l'application de cet article.²⁵² En effet, l'absence d'un développement communautaire suffisant des regroupements à l'achat semble écarter, a priori, une quelconque incidence sur le marché commun. Cette déclaration de principe doit néanmoins être nuancée par deux remarques :

- la première, a trait à l'évolution communautaire des fusions entre regroupements, qui pourrait remettre en cause dans un avenir proche cette analyse,²⁵³

- l'autre, a trait à l'appréhension même du concept de marché en cause dans la législation communautaire qui considère, d'une part, un marché national voire local comme une partie substantielle du marché commun au sens de l'**article 101 du TFUE**, en fonction des contraintes pouvant peser sur ce marché,²⁵⁴ et d'autre part s'attache, comme son équivalent du marché pertinent en France, à apprécier le marché en cause à partir d'éléments concrets de commercialisation qui pourraient, pour un produit donné, également entraîner la détermination d'un marché de dimension régionale, voire locale, comme référence.²⁵⁵

²⁵¹ **Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales" J.O 19 avril 1985 p 131.

²⁵² **MM.FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 n° 150.

²⁵³ Cf. "Les petites affiches" du 11 août 1989 p 8 qui annonçait déjà la création de la première centrale d'achat européenne : EMD pour European Marketing Distribution.

²⁵⁴ Cf. **Avis 96-A-14 et décision n° 98-A -06, 01-D-12** sur la grande distribution.

²⁵⁵ Cf. **Conseil de la Concurrence Avis n° 97A04 du 21 janvier 1997** relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution : "*Bien qu'aucun opérateur ne dispose d'une part de marché importante au plan global quel que soit l'indicateur considéré, dans certaines zones géographiques la situation concurrentielle peut être affectée par une concentration particulièrement forte. Une analyse au niveau local est dès lors nécessaire, le périmètre de chaque zone de chalandise étant déterminé à partir de divers critères rappelés plus haut : lieu d'habitation, nature des achats à effectuer, autres infrastructures commerciales existantes, commodité d'utilisation du réseau des voies de communication. Cette démarche est celle que suivent tant la Commission européenne que le Conseil (Docks de France / Auchan).*".

2) La compatibilité du droit des ententes avec le référencement

107. Les critères d'incrimination pour entente de l'**article L.420-1 du Code de commerce** ont trait à un objet ou un effet anticoncurrentiel sur le marché pertinent.

Dans notre recherche de la licéité du principe de référencement, la question du caractère anticoncurrentiel, ou non, de l'objet de l'entente nous intéresse au plus haut point. En effet, en notre matière, le référencement constituant en lui-même une entente, l'objet de l'entente se confondra nécessairement avec l'objet du référencement tel qu'il a préalablement été défini. Si cet objet se révélait anticoncurrentiel, cela remettrait nécessairement en cause la validité du référencement comme relation contractuelle. La nullité du référencement pourrait être ainsi dénoncée au titre de l'illicéité de son objet, indépendamment de l'**article L. 420-3 du Code de commerce** qui édicte également : "*Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 L. 420-2 et L.420-2-1.*". De la même façon, si l'on conçoit l'entente comme étant le regroupement à l'achat, l'objet de l'entente se confondra nécessairement avec l'objet du regroupement à l'achat. Cet objet du regroupement à l'achat constituant, également, l'objet du contrat d'intermédiation ou de groupement passé entre un groupement ou une centrale et ses membres. Or, cet objet du contrat d'intermédiation ou de groupement n'étant rien d'autre que le référencement, on doit en déduire que, dans cette hypothèse, la recherche du caractère anticoncurrentiel de l'objet de l'entente se confondra, de nouveau, avec la recherche du caractère anticoncurrentiel du référencement. Cette question de la validité de l'objet de l'entente est donc fondamentale, même si elle n'exclut pas la possibilité de mise en cause parallèle de l'objet d'un contrat de référencement précis. La Commission de la Concurrence avait déjà, dans son **Avis du 14 mars 1985**, posé les principes devant gouverner l'approche de ce problème en énonçant que : "*Si l'objet qu'affichent les centrales d'achat ou leur regroupement sous forme de << supercentrales >> est rarement anticoncurrentiel, il peut néanmoins y avoir lieu, surtout s'agissant de << supercentrales >>, à vérifier que cet objet correspond effectivement tant à leurs activités et à leurs pratiques qu'aux exigences d'un libre jeu de l'offre et de la demande.*". C'est-à-dire qu'elle a appliqué au problème des regroupements à l'achat le principe selon lequel, par-delà l'objet affiché d'une entente, l'autorité chargée de l'application des règles de concurrence doit s'attacher

à déterminer son objet réel. Il est de jurisprudence constante, en effet, que l'objet d'une entente doive se concevoir largement comme étant, par-delà ses objectifs officiellement affichés, son objet réel.²⁵⁶ Il va de soi que si l'objet réel du référencement des fournisseurs devait révéler un objectif anticoncurrentiel, il s'agirait d'une entente prohibée. Ce cas de figure est parfaitement envisageable, en raison des nombreuses expressions que peut prendre cette relation juridique, mais dans ce cas, l'illégalité constatée ne concernerait qu'une des manifestations du référencement. La nullité qui en résulterait ne toucherait, donc, que le contrat de référencement souscrit.²⁵⁷ En ce qui concerne le référencement dans son ensemble, cela permet de mesurer l'importance de l'affirmation très tôt, par les autorités de concurrence, que l'objet de telles ententes n'est pas, en soi, anticoncurrentiel. En effet, l'objet du référencement en tant que relation juridique, telle que nous l'avons défini, ne semble pas se révéler illicite, si l'on en croit la jurisprudence initiée par l'**avis de la Commission de la Concurrence du 30 octobre 1986**, précité, relatif aux pratiques commerciales de la centrale ARCI association.²⁵⁸ Cette reconnaissance de validité, au regard du droit de la concurrence, se fera explicite par un **arrêt de la Cour de Cassation du 16 janvier 1990** estimant que *"le fait pour un groupement de commerçant de recommander à ses adhérents certains fournisseurs ou certains produits, ne peut avoir à lui seul pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence."* Le Conseil de la Concurrence succédant à la Commission de la Concurrence, affirmera à son tour, sans ambiguïté, la licéité de principe du référencement : *" Considérant qu'il est d'usage que les centrales d'achat de*

²⁵⁶ **MOUSSERON** << Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 120 n° 173 ; Voir en ce sens : **Conseil de la Concurrence : Décision n° 06-D-03 bis du 9 mars 2006** " *il convient d'examiner les statuts du groupement pour vérifier s'il est anticoncurrentiel par son objet, et de constater si, par certains des comportements qu'il a suscités, ce groupement a invité ses adhérents à s'engager dans des actions communes pouvant avoir pour effet de fausser et de restreindre le jeu de la concurrence. S'agissant des actions communes mises en oeuvre au sein du groupement, le conseil a rappelé que constitue une pratique concertée prohibée le fait pour un groupement d'achat ou de référencement et ses membres défaire obstacle aux livraisons d'un fournisseur à des distributeurs ou à des circuits de distribution concurrents.* "

²⁵⁷ Voir pour un exemple concret : **Conseil de la Concurrence décision n° 06-D-03 bis du 9 mars 2006** "d'une part, que la politique de référencement du GSP avait un objet anticoncurrentiel en ce qu'elle visait à limiter les ventes des fabricants de matériel de chauffage, sanitaire et robinetterie auprès des GSB et des coopératives d'installateurs et que, comme le dénonce le grief, le groupement a ainsi été utilisé par ses membres pour faire pression sur les fabricants, au travers de la procédure de référencement et par le biais de certains courriers, afin d'obtenir l'exclusivité de la distribution de leurs produits par les grossistes, et, à tout le moins, des conditions commerciales discriminatoires par rapport aux GSB et aux coopératives d'installateurs ; d'autre part, que la société ANCONETTI STAR et la société SFCP s'étaient concertées au sein du groupement pour mettre en oeuvre des mesures de rétorsion à rencontre des fabricants acceptant d'approvisionner ces entreprises .".

²⁵⁸ **Avis de la Commission de la Concurrence du 30 octobre 1986** relatif aux pratiques commerciales de la centrale ARCI association (précité) "La recherche, par des distributeurs, des meilleures conditions d'achat et les surenchères dans la baisse des prix de vente ne sont pas en elles-mêmes des phénomènes anticoncurrentiels. Ils témoignent, au contraire, de la vigueur avec laquelle certains secteurs des industries de biens de grande consommation, d'une part et de la distribution d'autre part, se confrontent actuellement."

distributeurs indépendants procèdent au référencement de produits, ce qui consiste principalement à rechercher, puis à négocier, des offres de vente à des conditions avantageuses pour leurs adhérents, qui cherchent à acheter au meilleur prix les produits demandés par les consommateurs...Considérant que si le fait pour des distributeurs indépendants de se regrouper dans une centrale pour négocier des accords de référencement n'est pas en lui-même prohibé par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986..." ²⁵⁹.

108. Le principe du référencement serait tout autant remis en cause en raison de son éventuel effet anticoncurrentiel.

Le fait que le Conseil de la Concurrence et, avant lui, la Commission de la Concurrence, aient posé l'axiome d'une légalité de principe de l'objet du référencement, a quelque peu occulté la question de la légalité de principe de son fonctionnement au profit d'une analyse, au cas par cas, de l'illicéité des pratiques constatées dans leurs effets sur la concurrence. Cependant, même s'il est vrai que cette approche a été privilégiée par la Commission de la Concurrence elle-même, dans ses avis de 1985 et 1986 sur les centrales d'achat, où elle a pris soin de relever chacune des pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles, cette dernière n'a nullement éludé le problème de fond. Au contraire, elle a posé les bases d'une réflexion globale sur la question, même si elle n'a pas, et on peut le regretter, apporté sur ce point de réponses définitives. Au titre des effets anticoncurrentiels d'une structure d'intégration à l'achat elle a, ainsi, pris soin de préciser que *"...Dans la mesure où seraient disjointes d'un côté l'acte d'achat et d'un autre côté, une part importante de la négociation des termes de la transaction, il pourrait en résulter une atteinte aux conditions d'un bon fonctionnement des marchés. Celles-ci supposent en effet, pour que le fournisseur dispose d'alternatives, qu'il soit libre de négocier avec ceux qui lui achètent."*²⁶⁰ Cette réflexion passée inaperçue des auteurs, à notre connaissance, serait pourtant susceptible de faire planer un sérieux doute sur le principe même du référencement. En effet, le contrat-cadre de référencement qui se trouve expressément visé, même s'il n'est pas nommé, pourrait se voir condamné dans la mesure où il entraîne, effectivement, une dissociation de la négociation et de la conclusion des contrats de vente. Néanmoins, cette situation ne serait pas sans présenter quelques inconvénients, compte tenu de son caractère de principal mode

²⁵⁹ Cf. : **Décision du 13 décembre 1994 n° 94-D-60** précitée du Conseil de la Concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives : 8ème rapport d'activité du Conseil de la Concurrence p 508.

²⁶⁰ **Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales" J.O 19 avril 1985 p 131.

d'approvisionnement employé dans la grande distribution. On comprend, dès lors, que cette argumentation n'ait jamais été reprise, fût-ce par le Conseil de la Concurrence lui-même. D'autant que, parallèlement, les tribunaux commerciaux reconnaissent le référencement en véritable contrat et implicitement, de ce fait, sa légalité. Légalité de principe qu'a, au contraire, réaffirmé le Conseil de la Concurrence avec son corollaire qu'est, le déréférencement. Sur ce point le Conseil de la Concurrence s'est montré parfaitement clair : "*Le libre choix de l'acheteur est un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix. En vertu de ce principe, la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis, ou au contraire le refus de référencer, comme le déréférencement, sont licites et ne constituent pas en eux-mêmes des pratiques anticoncurrentielles même s'il apparaît que les offres des fournisseurs sont conformes aux usages.*".²⁶¹

Cette licéité de principe de l'objet du référencement qui entraîne sa licéité de principe en tant qu'entente étant acquise, il nous reste encore à déterminer sa pérennité au regard des dispositions relatives aux abus de domination.

B) Le référencement face au droit des abus de domination

109. L'application de la notion d'abus de domination à un regroupement à l'achat pose des problèmes assez sensiblement différents de ceux d'une entente.

D'une part, s'agissant d'une notion plus économique que juridique, les critères de son existence ne sont que le reflet des théories économiques anticoncurrentielles du moment. Ainsi en témoigne l'évolution de la notion d'abus de position dominante et l'apparition de celle d'abus de dépendance économique. D'autre part, si comme précédemment pour le droit des ententes, la similitude voulue entre les législations françaises et communautaires en la matière est évidente, elle ne concerne qu'une

²⁶¹ **Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003** relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra. Voir commentaires, n° 108, p. 16 de Mme Clotilde ALRIC : Contrats-Concurrence-Consommation, 2003, n° 7, juillet ; Voir, également, **Décision n° 05-D-62 du 10 novembre 2005** Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2006, commentaire 7 Mme Marie MALAURIE-VIGNAL. Il convient alors de vérifier, in concreto, si le déréférencement est justifié. Cf. **Article 442-6 I 5 du Code de commerce** : engage la responsabilité de son auteur..." *De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.*"
Voir, pour une jurisprudence récente : **Cour d'Appel de Douai 9 juin 2011** N° 09/05606.

partie de l'incrimination : celle des abus de position dominante. L'incrimination relativement récente de l'abus de dépendance économique reste encore essentiellement nationale, et justifie que son étude soit séparée. La prohibition des abus de domination recouvre, donc, deux domaines distincts qu'il convient d'aborder successivement : l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique.

1) L'abus de position dominante

110. Son application au référencement pose certains problèmes qui ont déjà pu être relevés par les auteurs sous l'empire de l'**ordonnance de 1945** et synthétisés par la Commission de la Concurrence dans son **Avis de 1985 sur les supercentrales d'achat**.²⁶²

Certes, l'**article L 420-2** et l'**ancien article 50 al 1** diffèrent, du fait de la volonté affichée du nouveau de se calquer sur la définition de l'**article 102 du TFUE**, mais ces réflexions présentent toujours de l'intérêt.²⁶³ Sur la notion de position dominante, seule incriminée à l'époque, la commission a d'abord rappelé que celle-ci ne pouvait s'affranchir d'une étude du marché en cause et que c'est sur ce marché en cause, une fois déterminé, que devait s'apprécier cette situation. Cette référence au marché pour apprécier la position dominante pose, d'emblée, des problèmes d'appréciation liés à la nature des regroupements à l'achat. En effet, l'appréciation habituelle de ce concept concerne les producteurs entre eux, ce qui n'entraîne, généralement, qu'une étude de leur puissance respective. L'influence du deuxième acteur économique de cette relation que, sont les acheteurs, n'intervient que par ricochet, par exemple, suite à l'analyse de l'incidence que telle avancée technologique pourra avoir sur le comportement de ces derniers. Les acheteurs ne composent, donc, qu'une donnée statique dans l'appréhension du problème. La situation est tout autre quand il s'agit de déterminer la position dominante d'une puissance d'achat, dans l'analyse qu'en font les autorités de concurrence. Non seulement celle-ci doit s'apprécier, comme pour les producteurs, par leur position respective sur le marché pertinent, c'est-à-dire par la comparaison de la puissance d'achat respective des regroupements à l'achat par rapport aux autres acheteurs - on sait notamment que, malgré les récentes concentrations de la puissance d'achat,

²⁶² Commission de la Concurrence : **Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales", précité.

les parts de marché détenues par chacune d'elles restent faibles, en termes absolus, quoique la situation évolue rapidement -²⁶⁴ mais également, par rapport à la puissance persistante des producteurs. Puissance des producteurs qui dépendra, elle aussi, de divers facteurs : tels leur concentration, la notoriété attachée à leurs produits ou à leur marque ou encore l'existence de réseaux de distribution propres, concurrents des réseaux instaurés par les puissances d'achat intégrées. Les fournisseurs constituent, ainsi, une donnée dynamique dans l'appréciation de la position dominante des regroupements à l'achat. S'ajoutent à ces divers éléments des critères internes à la structure de regroupement tels que le lien d'approvisionnement qu'elle entretient avec ses membres, car ce lien détermine la puissance d'achat dont le regroupement peut se prévaloir auprès de ses fournisseurs et donc, en termes économiques, la réalité de la position économique qu'il occupe. En effet, on ne peut mesurer uniquement l'incidence de la nature de ce lien pour le calcul de la puissance d'achat par la seule constatation qu'il s'agit d'un contrat d'affiliation, et que l'on est donc en face d'une centrale, dont la puissance dépendra directement du nombre et de la puissance respective de ses adhérents. De la même façon, on ne peut mesurer la puissance d'un groupement d'achat par le seul dénombrement de ses membres et de leurs chiffres d'affaires cumulés, car contrairement aux ententes, où leur seule existence suffit à provoquer l'applicabilité du régime, la détermination exacte de cette puissance d'achat suppose également une analyse de la qualité du lien d'approvisionnement. Cet aspect des choses n'avait pas échappé à la Commission de la Concurrence qui relevait dans son **avis du 14 mars 1985** : *" les fonctions assumées au niveau des regroupements à l'achat, outre la négociation des conditions de prix et de vente ou de certaines des conditions de cette négociation sont plus ou moins réelles et importantes selon les centrales, et selon les hypercentrales. Certaines connaissent une communauté d'enseigne, d'autres pas. Le degré de discipline interne et de coordination des politiques commerciales est très diversifié..."*, et elle conclut : *"il va de soi dès lors qu'une approche au cas par cas s'imposerait..."*. Cette approche doit, comme le rappelle le **rapport de la Commission de la Concurrence pour**

²⁶³ Cf. par exemple **M PEDAMON** : <<Les abus de domination>> Cahiers de droit de l'entreprise 1987 p 15 ; **M.SORIA** : <<centrales et groupements d'achat >> Encyclopédie Dalloz Commercial p 6 n° 62.

²⁶⁴ Cf. **Avis de la commission de la production et des échanges 4 avril 2000** sur les titres i et ii de la deuxième partie du projet de loi (n° 2250), relatif aux nouvelles régulations économiques. (introduction) : *" La grande distribution française opère un mouvement de concentration sans précédent. Aujourd'hui, cinq groupes d'acheteurs se sont formés dans des « supercentrales d'achat » : Carrefour/Promodès, Leclerc/Système U (Lucie), Auchan, Cora/Casino (Opéra), Intermarché. Le nouveau groupe issu de la fusion de Carrefour et de Promodès détient plus de 33 % des parts de marché dans 48 villes françaises de plus de 40.000 habitants. De ce fait, les rapports entre les producteurs de biens de consommation (70 000 entreprises, 400 000 agriculteurs) et les 60 millions de consommateurs sont analogues au passage dans le goulot d'étranglement d'un sablier ; au point d'étranglement du sablier, cinq groupements contrôlent la vente de plus de 90 % des produits de grande consommation."*

l'année 1979, " traduire une possibilité de s'affranchir de toute concurrence extérieure substantielle et la possibilité pour les supercentrales d'imposer leurs vues et conditions respectivement à leurs concurrents et leurs partenaires commerciaux...". Et si la Commission de la Concurrence relevait, à l'époque de son **Avis du 14 mars 1985**, *"qu'une position dominante ne pourrait être caractérisée que si une centrale ou supercentrale concentrait une partie de marché national de l'achat d'un produit si grande que ses fournisseurs seraient privés d'alternative réelle et verraient excessivement limiter leur possibilité d'accès au marché",* et que *" il n'est pas exclu qu'une telle situation puisse être caractérisée même en l'état actuel du développement des centrales d'achat et de leur regroupement, "* ce n'est que pour envisager celle-ci sous l'angle d'un groupement d'entreprises détenant collectivement cette position dominante à l'achat, soit par une entente expresse ou implicite par parallélisme de comportement. ²⁶⁵

111. Depuis cette date, certains auteurs se sont demandés si une telle situation de position dominante serait effectivement envisageable en l'état du marché français de la distribution. Ils y ont répondu, généralement, par la négative. Mme SELINSKY estimait, ainsi, que l'application de cette formule du parallélisme de comportement aux structures d'intégration à l'achat poserait des problèmes de preuves. On peut néanmoins penser que cette preuve pourrait être facilitée par l'obligation légale qui est faite aux fournisseurs d'une communication de leurs conditions de vente, et par la distinction qui est opérée entre celles-ci et les conditions particulières de vente. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, la particularité d'accords qualifiés de conditions particulières est d'être spécifiques.²⁶⁶ Or, ils perdent nécessairement cette spécificité du moment où ils sont étendus à l'ensemble des distributeurs, pour réintégrer le caractère de conditions de vente. L'hypothèse de la constatation sur un marché donné de l'absence de ces conditions particulières, c'est-à-dire de l'intégration de fait dans les conditions de vente d'un fournisseur de conditions habituellement négociées avec un distributeur spécifique et, dans ce cas précis, étendues à tous ou une partie dominante des distributeurs, pourrait constituer l'indice d'un parallélisme de comportement, indiquant l'existence d'une pratique collectivement exercée par ces distributeurs. Il conviendrait, alors, de s'interroger sur son caractère abusif.

112. La question de la validité du référencement au regard de l'incrimination de l'abus de position dominante apparaît aussi ténue que celle de

²⁶⁵ Cf. **Avis du 28 juillet 1989** sur les films photographiques.

son applicabilité.

L'**article L.420-2 du Code de commerce** estime expressément que ces abus peuvent consister en "*refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.*". Cet article reprend in fine la formulation de l'**ancien article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986** qui visait, de toute évidence, spécifiquement les comportements des regroupements à l'achat.²⁶⁷ Ces références mettent-elles en doute la licéité du référencement ? Si l'on reprend ces dispositions, il n'apparaît d'abord pas que le référencement implique, en soi, un refus de vente ou une vente liée. De la même façon, l'expression utilisée par l'**article L 420-2 du Code de commerce** : "*conditions de vente discriminatoires*", ne vise pas directement le référencement, mais ses effets. Enfin, le référencement n'implique pas, en soi, la rupture de relations commerciales établies. Il s'ensuit que, la majeure partie des problèmes de validité des situations juridiques que peut induire le référencement, par rapport à la prohibition de l'abus de position dominante, reposera sur celui de la validité des conditions de vente négociées dans son cadre. Cependant, la liste des abus de domination visée par l'**article L 420-2** n'étant pas exhaustive, il convient néanmoins d'envisager, conformément à notre interrogation actuelle, que le référencement lui-même puisse être considéré comme une pratique abusive. Cela serait le cas si cette pratique apparaissait, en soi, comme discriminatoire, mais on a vu précédemment que cette idée ne pouvait être soutenue.²⁶⁸ On pourrait alors imaginer, par un parallèle avec certaines jurisprudences dans ce domaine des abus de domination, que le référencement entraîne un renforcement de position dominante. Mais, là encore, ce serait une situation purement conjoncturelle qui ne peut, il nous semble, mettre en cause le caractère licite de cette relation contractuelle. Quoiqu'il en soit, cette analyse d'une possible incrimination du référencement au titre d'un abus de position dominante, induite par la Commission de la Concurrence dans son **avis de 1985** précité, et dont le caractère novateur a pu être salué, s'est trouvée quelque part évincée par l'adoption, dès l'**ordonnance de 1986**, d'une incrimination des abus de dépendance économique.

²⁶⁶ Cf. Supra n° 89.

²⁶⁷ Cf. **M. GLAIS** Gazette du Palais 15 juin 1989 p 291.

²⁶⁸ Cf. Supra titre p 119 : "**2) La compatibilité de l'article L.442-6 avec le référencement**".

2) L'abus de dépendance économique

113. Certains auteurs estiment que l'apparition de cette notion d'abus de dépendance économique est directement liée aux problèmes posés par les regroupements à l'achat.²⁶⁹

Le fait est que c'est dans son **avis de 1985** sur les supercentrales d'achat que la Commission de la Concurrence, constatant les difficultés d'application du concept de position dominante à la puissance d'achat, a exprimé le vœu d'une possibilité de sanction des abus de domination, indépendamment des critères habituels de domination du marché.²⁷⁰ C'est ce qu'a réalisé le législateur dès l'**ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, par la création de la notion de dépendance économique et son évolution dans l'**article L.420-2 alinéa 2**, qui dispose : *"Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. (L. no 2005-882 du 2 août 2005, art. 40) «Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.".* Cette incrimination trouve son inspiration dans l'**article 26 al 2 de la loi allemande du 27 juillet 1957** traitant des pratiques discriminatoires. Le texte inspirateur est plus précis quant à la détermination de la situation de l'état de dépendance économique que sa reprise en droit français, puisqu'il l'a définie comme :

- D'une part, *"l'absence d'alternative suffisante,"* c'est-à-dire l'existence d'autres canaux économiques permettant, selon qu'il s'agisse d'un distributeur ou d'un fournisseur, un approvisionnement ou une distribution de produit en nombre nécessaire à un bon fonctionnement de l'entreprise. Il s'agit donc, ici, d'une analyse macro-économique de la situation concurrentielle, qu'un auteur a pu qualifier d'objective.²⁷¹

- D'autre part, *"l'absence d'alternative supportable"*, critère qui introduit une analyse plus poussée, micro-économique, cherchant à déterminer la viabilité en terme de charges ou inconvénients divers des alternatives proposées pour

²⁶⁹ Cf. : **M.J.AZEMA** <<Droit Français de la concurrence>> P.U.F, 2ème édition 1989 p 334 n° 511.

²⁷⁰ Cf. **Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales", précité.

²⁷¹ **M.PEDAMON** << Les Abus de Domination >> Cahiers de droit de l'entreprise 1987, précité, p 16

l'entreprise, que ce même auteur a pu qualifier de subjective. ²⁷²

L'article 8.2 qui introduit cette incrimination en droit français utilisa la notion moins précise de "*solution équivalente*", alors même que les travaux préparatoires parlaient de solutions alternatives et compétitives.²⁷³ Cette rédaction critiquée conduisit, donc, une majorité d'auteurs à prôner l'interprétation de l'**article 8.2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986** à la lumière des critères dégagés en droit allemand.²⁷⁴

114. Le concept de dépendance économique n'est pas complètement ignoré non plus de la jurisprudence Communautaire qui, dès l'**affaire Zoja, le 14 mars 1972**, a déjà utilisé la notion de partenaire obligatoire parmi les critères permettant d'établir l'état de domination, en se basant sur l'**ancien article 86 du traité CEE** (aujourd'hui, **article 102 du TFUE**).

Cette notion de partenaire obligatoire toujours utilisée depuis par la CJCE,²⁷⁵ correspond à la même hypothèse d'une entreprise soumise à l'influence économique d'une autre et à la difficulté, dans certains cas, de cerner avec une précision suffisante le marché en cause.²⁷⁶ Elle a pu être envisagée en droit communautaire car l'**article 102 du TFUE** ne fait pas référence à un marché déterminé pour établir l'existence d'une position dominante.²⁷⁷ Cette avancée présente un avantage assez considérable pour le problème qui nous préoccupe puisque, on le sait, l'obligation de détermination d'une position dominante sur un marché donné cadre difficilement avec les problèmes posés par la grande distribution.

115. La jurisprudence française, dans son interprétation de la notion de dépendance économique, s'est naturellement inspirée de ces différentes conceptions.

Cette dépendance des fournisseurs pour cause de puissance d'achat fut appréciée selon plusieurs critères :

²⁷² Même référence.

²⁷³ Même référence.

²⁷⁴ Cf. **M. PEDAMON** << Les Abus de Domination >> Cahiers de droit de l'entreprise 1987, précité, p 16 ; **M. Didier FERRIER** << Droit de la Distribution >> 1^{ère} édition p 127 n° 227 ; **MM. FABRE et SALES**: << regroupements à l'achat >> LITEC 1984 n° 148.

²⁷⁵ Cf. notamment **Décision du 2 janvier 1993**, Entente du sucre ; **Arrêt du 14 Fév. 78** United Brand, attendus n° 39 & 128 ; **Arrêt du 13 Fév. 79** Vitamine, attendu n° 21 ; **Arrêt du 31 Mai 1979** **Hugin**, attendu n° 10 ; **Décision du 8 mai 1987** BL public limited company.

²⁷⁶ **M. GLAIS** gaz Pal 15 Juin 1989 p 290.

²⁷⁷ **M. GLAIS** gaz Pal 15 Juin 1989 p 291.

- d'abord, l'importance de la part de chiffre d'affaires réalisé par les fournisseurs avec le distributeur,
- ensuite, l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés.²⁷⁸

Il est, par exemple, certain que l'absence d'une possible commercialisation de certains produits de consommation courante en grande surface représente un handicap majeur pour un producteur. C'est la raison pour laquelle, outre l'importance de la puissance d'achat du distributeur, cette étude doit également tenir compte de la situation du producteur comme : "*la faiblesse des ressources financières du fournisseur, la faiblesse des marges des offreurs sur le marché sur lequel il opère, l'absence de notoriété de la marque du fournisseur...*".²⁷⁹

Cependant, dans cette appréciation in concreto de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, il convient de vérifier également que cette puissance d'achat ne soit pas contrebalancée par une puissance du producteur, liée à un certain degré de concentration de la production.²⁸⁰

L'affinement de ces critères oblige à entrer de plus en plus au cœur de la relation commerciale. Ainsi, sont vérifiés les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès des distributeurs concernés, selon qu'il s'agisse d'un choix stratégique ou d'une nécessité technique. Sont, par exemple, pris en compte à ce stade : "*la durée et l'importance de la pratique de la politique de partenariat qu'il a éventuellement nouée avec le distributeur, l'importance et la surcapacité d'offre sur le marché de ses produits, l'importance des contraintes de transport de ses produits.*".²⁸¹

La validité de ces analyses dépend, pour une large part, d'une appréciation de la notoriété de la marque du fournisseur. Plus celle-ci est importante, moins le fournisseur est susceptible d'être en position de dépendance. Ainsi, dans sa **Décision sur le secteur des lessives, le 13 décembre 1994**,²⁸² le Conseil de la Concurrence prend soin de préciser qu'en raison d'investissements

²⁷⁸ Cf. **Conseil de la Concurrence : Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993** relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora, BOCCRF 25 juillet 1993 ; confirmé par **Cour d'Appel de Paris 25 mai 1994**, BOCCRF 24 juin 1994. Voir, également : **Conseil de la Concurrence : décision du 13 décembre 94** BOCCRF 18 Février 1995.

²⁷⁹ **Conseil de la Concurrence : Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993** relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora BOCCRF 25 juillet 1993 précité.

²⁸⁰ Cf. **Conseil de la Concurrence : Décision du 13 décembre 1994** n° 94-D-60 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives : huitième rapport d'activité du Conseil de la Concurrence p 515.

²⁸¹ **Conseil de la Concurrence : Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993** relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora BOCCRF 25 juillet 1993 précité.

²⁸² **Conseil de la Concurrence : Décision du 13 décembre 1994** n° 94-D-60 du relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives, précité.

publicitaires importants, la notoriété des produits en cause est telle qu'une dépendance économique ne saurait être relevée puisque, au contraire, l'exemple existe d'un refus d'approvisionnement volontaire d'une marque sur l'un de ses produits, pour cause de revente à perte du distributeur.²⁸³ Au regard de ces critères, la question de la compatibilité de ces dispositions avec le référencement se pose dans des termes assez proches de ceux qui concernent le caractère abusif de l'action de référencer. Le référencement n'apparaissant pas discriminatoire en lui-même, ce ne peut être que par ses effets qu'il pourrait constituer un abus. Néanmoins, avec l'abandon de tout critère d'interprétation de la dépendance économique par la suppression par la **loi NRE du 15 mai 2001** de la notion de solution équivalente au profit d'exemples d'abus, et notamment la référence aux pratiques discriminatoires de l'**article L.442-6 du Code de commerce**, on peut se poser la question de savoir si l'application de l'incrimination de dépendance économique a changé.²⁸⁴ On peut en effet se demander si, à une interprétation fondée sur une analyse de l'état des forces d'achat et de vente en présence, ne serait pas substituée une incrimination "in abstracto" reposant sur la seule vérification qu'il s'agit d'un des cas cités en exemple ; ce qui pourrait avoir pour conséquence éventuelle de relancer le débat sur le caractère discriminatoire, en soi, de la pratique du référencement.²⁸⁵ Ce ne semble pas être la position de la jurisprudence qui semble continuer l'analyse "in concreto" de la situation selon les principes précédemment développés.²⁸⁶

Il semble, donc, qu'il n'y ait aucune ambiguïté quant à la licéité de principe du référencement au regard de ces dispositions.

²⁸³ Cf. Décision précitée du **Conseil de la Concurrence, 13 décembre 1994** n° 94-D-60 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives.

²⁸⁴ Cf. **loi n° 2005-882 du 2 août 2005** modifiant l'article L 420-2 du Code de commerce.

²⁸⁵ Voir, supra, la discussion sur le référencement face aux pratiques discriminatoires n° 101.

²⁸⁶ Pour une interprétation in concreto sur la base de l'**article L 420-2**, voir : **Cour d'Appel de DOUAI 05 décembre 2002** (Arrêt inédit, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour d'Appel de Reims, (1re sect. civ.), 5 mai 2003** SA Scapest et autres c/ SA Pontadis note Bernard Saintourens, *Revue des sociétés* 2003 p. 865 ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 3 mars 2004**, Bull. civ. IV, n° 44, 5e moyen ; D. 2004, Jur. p. 1661, note Y. Picod, AJ p. 875, obs. E. Chevrier ; RTD. com. 2004, p. 463, obs. E. Claudel ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 7 juillet 2004** (Arrêt inédit, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

Conclusion du chapitre 2

116. Une fois décrits et constatés, dans notre premier chapitre, le mouvement d'intégration à l'achat et l'évolution ayant mené au référencement, il convenait de donner une première "lecture" juridique de ce phénomène.

L'appréhension de tout évènement privé débute par la distinction fondamentale entre acte juridique et fait juridique. L'acte juridique étant une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit, le fait juridique étant un évènement ne cherchant pas à produire d'effets de droit, mais auquel la règle va, néanmoins, attacher des conséquences juridiques.²⁸⁷ La première question à laquelle nous nous sommes efforcés de répondre, concernant le référencement, était donc de savoir s'il pouvait être considéré comme un contrat. Cette question fondamentale réglée positivement par le constat, en l'espèce, d'un accord de volonté minimum même dans la plus simple expression de la relation, l'étude que nous souhaitions entreprendre de ce contrat passait alors, naturellement, d'abord par sa description, ensuite par sa soumission aux conditions de validité des **articles 1108 et suivants du Code civil**. Sa description a révélé un caractère polymorphe, que nous avons classifié - en nous basant sur les travaux d'auteurs antérieurs - en quatre cas de figure principaux en fonction des engagements produits : les référencements ouverts, semi-ouverts, semi-fermés et, fermés. Sa soumission aux règles des **articles 1108 et suivants du Code civil** a révélé, outre une capacité à contracter a priori évidente, s'agissant de professionnels, l'existence d'un consentement par essence non vicié, d'un objet certain et d'une cause, a priori, licite. Néanmoins, sur ce dernier point, l'**article 1133 du Code civil** comme l'**article 6** faisant référence, comme critère de validité, non seulement aux bonnes mœurs mais également à l'ordre public, il est apparu que le référencement - avant même que soient analysées ses conséquences sur le droit de la concurrence - posait, déjà, la question fondamentale de sa validité de principe par rapport à l'ordre public économique. A ce titre, même si cette relation est, par essence, susceptible de provoquer l'applicabilité d'un grand nombre de règles relatives aux pratiques restrictives comme aux pratiques anticoncurrentielles, sa validité "per se" à ces règles est reconnue, tant par la Cour de Cassation que par l'autorité de la Concurrence.²⁸⁸

Forts de ces constats fondamentaux de la nature contractuelle du référencement et

²⁸⁷ **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations >> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 4 n° 5.

²⁸⁸ Cf. supra n° 107.

LE REFERENCEMENT

de sa validité initiale, nous avons, à présent, les bases juridiques pour en approfondir sereinement l'étude.

Conclusion du titre 1

117. Dans ce premier titre, nous nous serons efforcés de définir, de manière la plus complète possible, l'environnement juridico-économique du référencement.

La connaissance de ce contexte est, en effet, indispensable à l'appréhension de cette relation juridique et à la poursuite de notre étude. Elle est indispensable à l'appréhension de cette relation, dans la mesure où elle permet de se rendre compte que le référencement n'est pas un épiphénomène de la grande distribution ayant vu le jour par hasard, mais bien une tendance de fond de cette même grande distribution de s'affranchir des contraintes, aussi bien économiques que juridiques, qui entravent ses besoins exacerbés de développement en régulant la négociation avec les fournisseurs. Dans le cadre de cette connaissance, l'étude des autres contrats d'intermédiation utilisés permet de se rendre compte :

- d'une part, de la progression irréversible de la négociation commerciale vers une plus grande souplesse et, de ce fait, de la place du référencement dans ce contexte contractuel en tant qu'aboutissement de cette évolution,
- d'autre part, de la tendance sensible dès l'origine et propre au regroupement à l'achat, de générer des distorsions juridiques sur les contrats qui lui servent de support, par la nécessaire adaptation de ces contrats à une situation pour laquelle ils n'ont pas nécessairement été créés. Nécessaire adaptation, qui éclaire sur le caractère polymorphe constaté du référencement.

La connaissance de l'environnement juridico-économique du référencement est également indispensable à la suite de notre étude, dans la mesure où, définir cette relation suppose, au préalable, de la distinguer des autres formes d'intermédiation pour lui reconnaître une identité propre ; ce qui nécessite que les mécanismes de ces dernières soient parfaitement identifiés. Cette première démarche accomplie, pouvait alors commencer l'analyse juridique proprement dite et, à ce titre, il convenait, d'abord, de poser certaines questions fondamentales afin de savoir s'il s'agissait d'un fait ou d'un acte juridique et, dans ce dernier cas, afin de connaître ses conditions de validité au regard du droit positif. Dans le cadre qui nous préoccupe, cela s'est traduit par : déterminer s'il s'agissait ou non d'un contrat valide et si cette validité persistait devant l'application de l'ordre public économique. A ces deux questions fondamentales, nous avons pu répondre par l'affirmative. Le référencement est, donc, un contrat valide dans sa forme autant que dans son principe, même s'il présente des particularités qu'il faudra

LE REFERENCEMENT

approfondir. La question qui se pose, à présent, est de savoir si ce contrat mérite, ou pas, d'être érigé en un contrat autonome de la grande distribution pour rejoindre les autres contrats nés de la pratique commerciale. Si c'est le cas, comme nous le pensons, l'étape suivante consistera, naturellement, à s'interroger sur son régime juridique.

C'est à cette suite logique de questionnements que tente de répondre notre deuxième titre.

TITRE II : Le caractère sui generis du référencement

Introduction :

118. L'émergence et la reconnaissance de la pratique commerciale du référencement, dont nous venons de reprendre la genèse, soulèvent de nombreux problèmes.

- Les premiers sont d'ordre terminologique.

L'ambiguïté de la notion de référencement, c'est que cette dénomination est tout autant employée pour désigner une nouvelle catégorie de relations commerciales, dans toute sa complexité, que son expression contractuelle concrète ; situation qui peut entraîner des difficultés. Ainsi, le référencement peut être analysé comme un concept juridique, dans la mesure où cette appellation sert à désigner une nouvelle forme contractuelle d'approvisionnement, cependant, la particularité de ce concept est qu'il recouvre, parallèlement, un fait et un acte juridique d'appellation semblable : le référencement stricto sensu et le contrat de référencement. D'où la nécessité de clarifier notre vocabulaire. Le référencement en tant que concept juridique définit, dans sa globalité, un nouveau type de relation commerciale qui s'exprime dans "l'opération de référencement" qui comporte, comme nous l'avons vu, trois phases :

- le "référencement" stricto sensu ou "relation de référencement", c'est-à-dire le fait juridique caractérisant l'existence de certaines relations caractéristiques entre structure de regroupement référenceur et fournisseurs référencés,
- l'acte juridique qui en découle : le "contrat de référencement", c'est-à-dire le contrat qui détermine les relations effectivement intervenues entre ces entités et qui s'expriment différemment selon les circonstances,
- enfin les contrats d'achat/vente, conclus entre les fournisseurs référencés et les distributeurs membres du regroupement, sur la base de ce "contrat de référencement".

On doit donc prendre garde à ne pas confondre ces différentes notions.

- Ce premier point étant éclairci, les autres problèmes que pose cette relation sont relatifs à sa place dans le paysage juridique des contrats d'approvisionnement, et plus généralement, dans le droit des contrats français.

Deux hypothèses s'affrontent :

LE REFERENCEMENT

- la première consiste en ce que le référencement ne soit que l'expression un peu particulière d'un des contrats traditionnels d'approvisionnement,
- la seconde, consiste en ce qu'il soit véritablement une invention contractuelle de la pratique commerciale.

C'est cette dernière hypothèse que nous défendons. Si cette proposition se veut juste, cela suppose que soit, en premier lieu, défini en quoi l'objet du référencement diffère de celui des autres formules contractuelles d'approvisionnement auxquelles il a pu être rapproché. Cette démarche constituera notre premier chapitre. Elle ne serait néanmoins pas complète si n'était pas analysée, également, la raison des multiples interprétations contractuelles des contrats de référencement qui en sont issus. Nous verrons que celles-ci sont motivées par la variabilité de la cause des contrats de référencement, alors même que cette cause reste indifférente quant à la reconnaissance de la singularité de cette relation contractuelle, constat qui constituera notre deuxième chapitre.

Chapitre I : Une complexité d'objet caractérisant la relation de référencement

119. Une fois admise la description du phénomène et sa dénomination, reste encore pendant, la question de sa nature profonde.

En effet, comme nous l'avons dit, cette description et ces précisions terminologiques peuvent, tout autant, rendre compte de la variation d'une situation contractuelle connue que de l'existence d'un nouvel ensemble contractuel. C'est cette question fondamentale qui forme l'objet de ce nouveau chapitre. Il s'agira, précisément, de déterminer s'il existe une technique conventionnelle préexistante susceptible de rendre compte du référencement. Dans cette hypothèse, le référencement n'apparaîtrait que comme l'application de cette technique à un contexte économique particulier, justifiant sa dénomination en tant qu'avatar de cette relation plus qu'en tant que nouveau concept, et c'est le régime juridique de cette relation qui lui serait applicable. A l'inverse, si aucune formule contractuelle préexistante ne correspond aux obligations nées d'un référencement, c'est donc qu'il s'agit bien d'un contrat sui generis, justifiant pleinement son individualisation en tant que nouveau concept sous un vocable spécifique (première section). Cette hypothèse étant celle que nous avons retenue, il conviendra, alors, d'en préciser les caractères (deuxième section).

Section 1 : La complexité de l'objet du référencement

120. Le premier titre de notre étude nous a permis de situer le référencement dans le contexte évolutif de l'intégration à l'achat, dont il constitue l'aboutissement contractuel, d'en découvrir les caractères et les diverses expressions, et d'en tirer les premières conséquences juridiques.

- Il a été exposé, que le référencement est l'aboutissement d'un processus de regroupement à l'achat se manifestant, juridiquement, par l'adoption de formules de plus en plus souples et de moins en moins contraignantes à l'égard des distributeurs.

- Il a été admis, que le référencement est la manifestation ultime de ce désengagement contractuel des distributeurs, au profit de l'expression la plus brute d'une relation commerciale qu'est la seule négociation des termes du prix et des avantages dans la distribution d'un produit.

- Enfin, il a été démontré que cette relation ne peut néanmoins s'affranchir du droit, dans la mesure où elle reste un contrat, soumis à des conditions de validité.

En se basant sur ce premier état essentiellement descriptif du phénomène, il convient de situer, à présent, ce contrat dans l'ensemble des relations conventionnelles existantes, pour tenter de déterminer ce qui l'en distingue et justifie son individualisation (§1). Nous aboutirons à la conclusion que c'est l'interdépendance de ses différentes phases qui lui donne sa nature sui generis (§2).

§ 1 : Une unicité de l'objet du référencement

121. Ce qui constitue l'un des aspects les plus curieux et déroutant du référencement, c'est qu'il a, dès son invention, donné lieu aux interprétations et aux rapprochements les plus variés.

C'est ainsi, comme nous allons le voir, qu'il a successivement pris dans la jurisprudence, et surtout dans la doctrine, la qualification des principaux contrats d'intermédiation existants : du "mandat",²⁸⁹ au "contrat de commission",²⁹⁰ jusqu'au "courtage",²⁹¹ assortis le cas échéant de clauses de porte-fort ou de du croire. Il a également été analysé en stipulation pour autrui,²⁹² en tant que contrat sui generis,²⁹³ et parfois même, le tout ensemble ;²⁹⁴ ce qui est assurément le meilleur moyen de ne pas se tromper. La reconnaissance du référencement, elle-même, fluctue également, selon les auteurs, entre une reconnaissance large du phénomène et une conception restrictive de ses caractères distinctifs. La justification de ces écarts d'interprétation tient, naturellement, au caractère polymorphe du phénomène que nous avons décrit lors du précédent chapitre.

Il conviendra de s'y attarder dans notre (A), avant que de tenter de déterminer, dans notre (B), ce qui fait la spécificité du référencement et justifie son individualisation, malgré ses avatars.

²⁸⁹ **M. BERNARD** Thèse citée n° 274 ; **MM FABRE et SALES** <<les regroupements à l'achat >> précité p 42 n° 30 ; **MM. DELBARRE et LAVABRE** Dalloz 1985 Chronique XXIX p 165.

²⁹⁰ **MME V. SELINSKY** : <<Le contrat de référencement existe-t-il ?>> Commentaire sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 23 décembre 1987 ; **M. SORIA** <<centrales et groupements d'achat >> Encyclopédie DALLOZ Commercial p 3 n° 32 et suivants.

²⁹¹ **M. BERNARD** Thèse Paris 1975, précité <<les coopératives de commerçants détaillants>> p 244 ; **MM. FABRE et SALES** : <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 43 n° 30 ; **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 218 n° 429, p 251 n° 480 ; **M. BENABENT** <<Le contrat de commission>> : Définition, formation, preuve, durée JCP Contrat distribution 1992 Fascicule 470 n° 20 ; **M. Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 8 n° 39 ; **J.M MOUSSERON** <<Technique contractuelle>>. 2ème édition 1999 p 63 n° 95 ; **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 408 n°813 ; **M. Michel PEDAMON** : <<Les relations entre l'industrie et la grande distribution : une nouvelle donne>> dans le colloque sur <<Le contrat-cadre de distribution>>, Semaine Juridique Entreprise, supplément ¾ du 31 juillet 1997 p 59 ; **M. Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 10 n° 50. **M. DURANTON** <<Courtiers>> Répertoire commercial DALLOZ n° 186 à 197.

²⁹² **J.J BURST** : <<le choix du lien unissant le groupement à ses membres>> Services communs d'entreprises. 1973 Collection Actualité de Droit de l'Entreprise p 56 ; **M. BERNARD** Thèse citée n° 275 ; **MM FABRE et SALES** "les regroupements à l'achat " p 41 n° 26 ; **MM. G.CAS, R.BOUT et D.FERRIER** << Droit économique : Concurrence-Distribution-Consommation>> Lamy 1991.

²⁹³ **Mmes FERRY et MOMEGE** <<l'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?>> JCP entreprise 1985 II 1441 p 162 n°7.

²⁹⁴ **M. RETTERER** <<Contrat de référencement>> Jurisclasseur commercial fasc. 320.

A) L'expression diversifiée d'une même nature juridique

122. La lecture de la doctrine sur le référencement permet de distinguer, en quelque sorte, deux "écoles" dans l'approche du phénomène juridique observé.

- La première, constatant la diversité des situations pouvant naître de cette relation, les intègre dans tel ou tel schéma juridique préexistant, en fonction de leurs manifestations.
- A cette vision polymorphe du référencement, doit être confrontée celle d'autres auteurs qui tentent de maintenir cette relation contractuelle dans un cadre juridique unique, c'est-à-dire généralement en courtage, en contrat de commission, ou encore, en stipulation pour autrui.

1) Une diversité d'expression contractuelle

123. On peut considérer M. Bernard comme le précurseur de l'approche plurielle du référencement, puisqu'il distingue successivement : "*Le courtage en vertu d'une offre*", ²⁹⁵ *le courtage en vertu d'une promesse unilatérale de vente*", ²⁹⁶ "*le mandat en vertu d'un contrat synallagmatique*", ²⁹⁷ et "*la stipulation pour autrui*". ²⁹⁸

La même approche a guidé MM. Fabre et Sales, dans la distinction qu'ils ont opérée entre référencement ouvert et référencement fermé ; le premier analysé comme courtage, le second comme un mandat. ²⁹⁹

²⁹⁵ **M. BERNARD** Thèse citée p 244 n° 272.

²⁹⁶ **M. BERNARD** Thèse citée p 244 n° 272.

²⁹⁷ **M. BERNARD** Thèse citée n° 274.

²⁹⁸ **M. BERNARD** Thèse citée n° 275.

²⁹⁹ **MM FABRE et SALES** <<Les regroupements à l'achat >> précité p 42 n° 30.

124. En sens inverse, certains auteurs penchent pour une qualification unique.³⁰⁰

Un passage de l'ouvrage fondamental de Mme André sur ces questions est particulièrement représentatif de ce courant de pensée et intéressant pour la suite de notre raisonnement.³⁰¹ Mme M.E André qui défend l'analyse du "contrat de référencement" en un double courtage expose ainsi : *"L'opération de référencement comporte deux degrés selon qu'elle ne crée pas ou, au contraire, crée des obligations entre le fournisseur dit référencé et le groupement ou la centrale dit référenceur, se distinguant ainsi des contrats-cadres de fourniture conclus avec le fournisseur par le groupement ou centrale intervenant non point pour son propre compte mais pour celui d'adhérents et affiliés en position de représentés. Dans les formules les plus anciennes et les plus légères, on peut considérer que le référencement ne crée pas de telles obligations, l'absence des effets caractéristiques du contrat établit l'absence même de celui-ci. On ne peut, en conséquence, parler de contrat de référencement. La relation référenceur / référencé n'a pas, alors, de consistance juridique propre et apparaît, seulement, comme l'exécution matérielle du contrat de groupement ou d'affiliation conclu, lui, entre le groupement ou la centrale, d'une part, et son adhérent ou son affilié, d'autre part. Une seconde formule correspond à la grande majorité des situations récentes. Elle se caractérise en ce que le référencement crée des obligations réciproques entre référenceur et référencé. L'obligation la plus révélatrice est l'obligation faite au référencé de verser au référenceur un prix du référencement sous la forme de commissions de gestion, de remises confidentielles de gestion, de commissions centrales de gestion, d'aides à l'investissement... qui lui sont définitivement destinées, à bien distinguer des ristournes destinées aux adhérents ou affiliés même si ceux-ci donnent, fréquemment, mandat au groupement ou à la centrale de les encaisser pour leur compte. La présence d'obligations, c'est-à-dire des effets caractéristiques du contrat, révèle et établit l'existence de pareille convention entre le groupement ou la centrale en position de référenceur et le fournisseur en position de référencé. On parle de contrat de référencement."* Cette théorie de Mme M.E André présente donc, comme particularité, de refuser la qualification de "contrat de référencement" aux relations contractuelles intervenues entre la structure de regroupement à l'achat et les fournisseurs, quand cette dernière n'agit pas en son nom propre et pour son propre compte. L'argumentation de Mme M.E André apparaît parfaitement logique. Elle présente néanmoins

³⁰⁰ **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité ; **Mme SELINSKY**, << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988.

l'inconvénient d'ériger en effets caractéristiques du "contrat de référencement", l'existence d'obligations réciproques entre référenceur et fournisseur référencé. Ce qui a pour conséquence de réduire considérablement l'étendue de cette qualification, bien au-delà de la définition de la **décision du TGI de Strasbourg du 29 sept 1983**,³⁰² et celle des premiers auteurs s'étant exprimés sur cette relation, que nous avons résumé en : "*la négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres.*".³⁰³

125. Cette opinion souligne, de manière criante, l'étroite relation pouvant exister entre une conception du référencement comme un contrat unique, et la perception du référencement en tant que relation juridique.

En effet, si l'on conçoit, à l'instar de Mme M.E André, le contrat de référencement comme un courtage intervenant entre le fournisseur référencé et la structure de regroupement référenceur, dans ce contrat la structure jouera nécessairement le rôle de courtier et, le fournisseur, celui de donneur d'ordres. De ce fait, comme cette qualification nécessite la reconnaissance de relations contractuelles directes entre courtier-référenceur et fournisseur, ces relations apparaîtront également fondamentales pour la reconnaissance de ce "contrat de référencement", avec, comme corollaire, l'exclusion de cette qualification pour les relations juridiques n'entraînant pas ces relations directes. Cette conséquence extrême à laquelle conduit, logiquement, le choix d'une qualification contractuelle unique pour rendre compte de la relation juridique observée, trouve son équivalence chez les partisans d'une qualification de cette relation en un quelconque autre contrat de représentation.

126. C'est en effet une même logique de raisonnement qui a conduit Mme Sélinsky, analysant le référencement en contrat de commission, à poser la fameuse question : "Le contrat de référencement existe-t-il ?".³⁰⁴

Mme Sélinsky part du constat que, dans la situation qualifiée de référencement, la structure de regroupement à l'achat agit en son nom propre. "*C'est en son nom que le groupement* (comprendre la structure de regroupement) *négocie les ristournes,*

³⁰¹ **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 202 n° 403.

³⁰² **TGI de Strasbourg 29 sept 1983 Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros** précité rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2 " *attendu cependant que SOPEGROS convenait avec les fournisseurs des conditions de vente dont bénéficieraient ses adhérents.*"

³⁰³ Cf. Supra n° 36.

³⁰⁴ **Mme SELINSKY**, << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988.

celles qui lui resteront acquises et celles qui seront rétrocédées aux membres adhérents selon une clé de répartition généralement décidée par le groupement.". Elle constate également que, dans cette relation, le regroupement agit dans l'intérêt exclusif de ses membres. *"Le groupement est incontestablement d'un côté : celui des distributeurs dont il défend les intérêts."* Elle établit donc la corrélation avec l'**ancien article 94 du Code de commerce**, traitant du contrat de commission, pour constater que sa définition rend parfaitement compte de la situation telle qu'elle apparaît à l'analyse. *"Tout rapproche, par conséquent, la situation du groupement à l'achat de celle du commissionnaire"*. Elle en déduit alors nécessairement que : si le contrat qualifié de référencement peut être assimilé aux obligations nées d'un contrat de commission, point n'est besoin de qualifier autrement cette relation juridique. *"Admettons que le contrat de référencement existe bien, qu'il a une spécificité particulière, qu'il ne se ramène pas au contrat de commission sus évoqué : il faut alors qu'il ait un régime juridique particulier, que sa qualification emporte des conséquences différentes de celles des figures juridiques connues. Faute de quoi on ne comprendrait pas l'intérêt de ce baptême."* Les opinions exprimées par ces deux auteurs qui ont tant, l'une et l'autre, apporté à la connaissance juridique du référencement, entraînent quelques remarques.

2) Une diversité trouvant son unité dans le référencement

127. On peut constater d'abord, que si la perception de Mme M.E André du "contrat de référencement" en courtage oblige à envisager le contrat passé entre regroupement référenceur et fournisseur référencé, comme devant contenir des relations réciproques entre ces deux parties, l'analyse de toutes les situations juridiques de référencement en contrat de commission ou en mandat est complètement inversée.

En effet, si l'on conçoit le référencement comme non détachable de la première phase de l'opération de référencement, c'est-à-dire essentiellement comme l'expression d'une mission de représentation de la structure d'intégration à l'achat, les relations pouvant exister de manière directe entre le regroupement et les fournisseurs référencés apparaîtront, nécessairement, comme accessoires de cette mission de représentation. De ce fait, elles ne seront pas analysées comme la manifestation d'une relation juridique autonome entre le regroupement et les fournisseurs formant la cause du référencement, qui apparaîtra, toujours, comme une conséquence du contrat de représentation préexistant. Ces constatations peuvent amener :

LE REFERENCEMENT

- soit, à exclure que le référencement puisse générer une relation contractuelle assumée en son nom et pour son compte par le regroupement référenceur avec le fournisseur référencé, ce qui en soit représente déjà une appréhension restrictive du phénomène juridique étudié,

- soit, à considérer paradoxalement, à l'instar de Mme M.E André, puisque issu d'une vision opposée de la nature du référencement, que s'agissant d'un contrat de représentation la qualification de "contrat de référencement" n'a pas de raison d'être.

L'exclusion de certaines relations juridiques, qualifiables pourtant de référencement, apparaît donc comme une conséquence incontournable du choix d'une qualification unique pour rendre compte d'un phénomène contractuel qui, à l'observation, se révèle comme nous l'avons dit : polymorphe.

128. Cette vision restreinte du contrat de référencement qui transparait chez ces deux auteurs peut être discutée.

Comme nous l'avons vu, d'autres chroniqueurs parlent indifféremment de mandat, de commission, ou de courtage, pour des contrats conclus entre les fournisseurs et le regroupement, lors de relations qualifiées pourtant de "contrat de référencement". ³⁰⁵ Certes, on peut estimer avec Mme Sélinsky, comme étant inutile de qualifier en contrat de référencement un contrat présentant les caractères d'une situation juridique connue, et penser qu'il vaudrait mieux réserver cette qualification pour un contrat présentant véritablement des obligations non rapportables à un contrat existant. Mais, dans ce cas, on peut penser que si Mme Sélinsky tire les conséquences logiques de ses conclusions,³⁰⁶ Mme M.E André devrait aboutir à ces mêmes conséquences. En effet, de même que la relation juridique issue de l'opération de référencement ne peut être analysée en un "contrat de référencement" si elle présente les caractères d'un contrat de représentation, pourquoi cette même relation juridique analysable en courtage devrait-elle constituer un "contrat de référencement" ? Faute de devoir aboutir à ces conclusions, cela signifie que la justification de la reconnaissance du caractère sui generis d'une telle convention, et sa qualification en un nouveau type de contrat

³⁰⁵ **M.BERNARD** Thèse citée : **MM FABRE et SALES** <<les regroupements à l'achat>> précité ; **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> précités.

³⁰⁶ En relevant les affinités du référencement avec le contrat de commission, ce qui la conduit à estimer que le "contrat de référencement" n'existe pas s'il devait se rapporter à cet unique constat ; hypothèse négative qu'a priori cet auteur rejette, puisqu'elle affirme au contraire dans un autre article sa croyance en l'existence de ce contrat. Voir, **Mme SELINSKY** : observations sous l'arrêt de la **Cour d'Appel de Colmar du 15 juillet 1988** P.A 30 septembre 1988 N 118 p 8 "*Si le contrat de référencement existe, c'est en tous cas notre opinion...*".

dit de "référencement", repose, nécessairement, sur des critères transcendant son assimilation à tel ou tel contrat existant qui pourraient être utilisés pour répondre de son fonctionnement, mais qui ne suffiront pas à rendre compte de sa nature. Cela signifie que, si les contrats dits de référencement existent, alors même que par leur objet ils pourraient être assimilés à d'autres contrats d'approvisionnement, c'est qu'ils trouvent, nécessairement, la spécificité justifiant leur qualification dans une source commune. Cette source commune, dont sont issus les contrats de référencement, ne pouvant alors être que le référencement lui-même en tant qu'acte juridique, dont l'observation sert de fondement à leur classification. Référencement, qu'il convient de distinguer des contrats de référencement qui n'en sont que l'expression plurielle. Cette distinction a été précédemment opérée.³⁰⁷ Elle a conduit à l'affirmation d'un objet propre à la relation contractuelle de référencement, cet objet formant le dénominateur commun aux différents contrats de référencement. Cependant, la reconnaissance de cet objet du référencement, partagé par tous les contrats de référencement, quels que soient leurs particularismes, ne suffit pas, en elle-même, à en justifier le caractère sui generis. En effet, elle ne préjuge en rien de son existence en tant que nouvelle catégorie de relation contractuelle justifiant son appellation particulière. Cette existence ne peut donc être confirmée que par la confrontation de cette formule d'approvisionnement avec les formules d'approvisionnement traditionnelles. La singularité de l'objet du référencement constituant la condition sine qua non de l'existence des contrats de référencement, il convient, alors, d'identifier les éléments constituant cette spécificité.

B) Une spécificité commune constituant l'objet du référencement

129. Succédant aux interrogations doctrinales, le problème s'est rapidement posé à la jurisprudence de l'existence du contrat de référencement et de sa différenciation par rapport à d'autres contrats d'approvisionnement.

Il est ainsi significatif d'observer, qu'historiquement, la première décision de justice à avoir employé le terme de référencement pour qualifier cette situation juridique - **l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 16 décembre 1987** précité³⁰⁸ - a

³⁰⁷ Cf. n° 82.

³⁰⁸ Cf. **Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, 13^e Chambre, 16 décembre 1987**, Sté Sole France C/S.G.C.C. P.A 8 avril 1988 n° 43, précité.

reconnu sa spécificité en la distinguant des relations nées d'un contrat de commission et d'un contrat d'achat/vente. Cette même Cour d'Appel en précisera les motifs dans un arrêt ultérieur **du 29 septembre 1988**.³⁰⁹ La Cour de Cassation confirmant cette analyse dans un **arrêt du 23 Octobre 1990** Société SOLE FRANCE c/ SGCC.³¹⁰

1) Une spécificité révélant la singularité des contrats de référencement

130. Il convient de replacer les décisions intervenues dans le contexte juridique ayant conduit à leur adoption.

Dans le premier cas : **Arrêt du 16 décembre 1987** affaire Sole France contre SGCC, nous nous trouvons dans le cadre d'une opération de référencement au cours de laquelle, les fournisseurs ayant accompli leur obligation d'approvisionnement auprès des distributeurs membres, ne sont pas payés par ces derniers et se retournent contre la structure de référencement. La question juridique consiste, ici, à déterminer si l'opération de référencement implique un engagement personnel du référencieur au paiement des marchandises commandées pendant l'opération. La Cour d'Appel de Versailles sera donc amenée, dans cet arrêt, à s'interroger sur la nature du référencement ; les effets de cette qualification juridique permettant de répondre à la question du degré d'engagement du référencieur. Elle fournira une première réponse en rapprochant le contrat de référencement d'un contrat de commission, sans que l'on puisse l'y identifier : "*Considérant...Que la convention conclue dans ce cadre avec Sole France s'analyse en un contrat de référencement, contrat de référencement présentant des affinités avec le contrat de commission quoique ne s'y assimilant pas, faisant intervenir directement ou indirectement trois partenaires ou groupes de partenaires : le fournisseur, le groupement d'achat, les affiliés, chacun d'eux y trouvant son intérêt propre évident...*".³¹¹ Dans cet arrêt, la cour qualifie le contrat de référencement proprement dit -c'est-à-dire le contrat passé entre l'organisme référencieur et le fournisseur - en établissant un parallèle avec un contrat de commission. En d'autres termes, la cour envisage une situation où le référencieur serait qualifié de

³⁰⁹ **Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988**, semaine juridique Ed générale 1989 II 21190.

³¹⁰ **Cour de Cassation chambre commerciale 23 octobre 1990 Sté SOLE FRANCE c/ SGCC**. Bull civ IV, n°257. Contrats-Concurrence-Consommation janvier 1991 p 5.

³¹¹ **Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, 13° Chambre, 16 décembre 1987**, Sté Sole France C/S.G.C.C. P.A 8 avril 1988 n° 43.

commissionnaire, non pas de ses membres, mais du fournisseur. Elle rapproche donc le référencement d'un cas classique de commission en marchandise, c'est-à-dire un contrat de commission à la vente. Cette hypothèse a pu surprendre, à juste titre, s'agissant d'une relation de référencement.³¹² Elle ne peut s'expliquer que pour des considérations liées au cas d'espèce. En l'occurrence, la société appelante refusant de voir dans le regroupement à l'achat un simple mandataire de ses membres - ce qui l'aurait empêché de se retourner contre lui pour obtenir le paiement de ses marchandises - invoquait une promesse de porte-fort du regroupement à son profit, du fait du contrat d'approvisionnement souscrit : *"...La société appelante... soutient d'abord que S.G.C.C. n'était nullement mandataire de ses adhérents destinataires de la marchandise. Cette qualité ne pouvant résulter ni des mentions parfois portées au bas de certains bons de commande, ni de ce que la facturation était établie directement aux destinataires. Elle voit dans cette stipulation une promesse de porte-fort, au sens des dispositions de l'article 1120 du Code civil : par-là, S.G.C.C. se portait fort de ce que ses adhérents livrés par Sole lui régleraient les factures. Cette clause conditionnait l'engagement de Sole, qui ne connaissait pas la solidité des sociétés auxquelles elle livrerait..."*. Cette argumentation ne fut pas retenue par la cour, préférant rapprocher le contrat de référencement d'un contrat de commission. Néanmoins, l'assimilation de cette situation avec celle d'un commissionnaire du croire à la vente s'engageant auprès de son commettant à la bonne exécution du contrat aurait pu, dans ce cas, être éventuellement envisagée. Or, on constate que les juges l'écartent, avec raison, au profit d'une reconnaissance de la spécificité du contrat de référencement. Ce même arrêt distinguera, pareillement, cette situation de celle d'un contrat d'achat/vente, dans lequel le regroupement agirait comme grossiste en revendant à ses adhérents : *"...Considérant qu'en général de tels accords ne constituent pas des achats par le regroupement, qui revend ensuite à ses adhérents, ce que Sole France ne soutient d'ailleurs pas..."*.

131. La spécificité et l'incompatibilité d'une assimilation du contrat de référencement à ces deux modes classiques d'approvisionnement est donc clairement affirmée par la Cour d'Appel qui en précise les motifs : *"...Que la vente est passée, quel que soit l'organisme par lequel ait éventuellement transité la commande, directement entre le fournisseur et l'adhérent, lequel a la maîtrise de*

³¹² **Mme M.E ANDRE** <<Ristournes et commissions de gestion >> Cahiers de droit de l'entreprise 1989 Distribution et Contrats p 16 n° 17 : *"S'il est possible de voir un commissionnaire dans le groupement ou la centrale approchant un fournisseur, cette situation juridique résulte du contrat d'affiliation largement entendu et point du contrat de référencement. On ne voit pas dans la relation entre le référenceur et le référencé qui serait le commettant et qui serait le commissionnaire; on ne voit pas, en particulier, comment le groupement ici: la SGCC pourrait être commis par un commettant qui serait le fournisseur ici : Sole France."*

l'opportunité de la commande, de son importance, reçoit la marchandise et en règle le prix...". Cet approvisionnement direct entre le fournisseur et les adhérents du regroupement à l'achat, que la cour estime caractéristique du référencement, est donc l'élément qui distingue de manière absolue cette situation juridique de celle prévalant dans l'hypothèse où le regroupement aurait passé avec le fournisseur un contrat de commission. En effet, dans cette hypothèse, ce contrat aurait entraîné la conclusion, par le regroupement, des ventes de marchandise en son nom et pour le compte du fournisseur, ce qui ne correspond pas à la situation observée dans le référencement. De la même façon, cet approvisionnement direct écarte l'hypothèse d'un achat, par la structure d'intégration, des marchandises au fournisseur en son nom et pour son compte, dans le but de les revendre à ses membres.

132. Dans le même ordre d'idée, d'une distinction du contrat de référencement d'autres modes d'approvisionnement existant, certains pourvois ont soutenu que le contrat de référencement pourrait n'être, en fait, qu'un contrat de mandat entre les fournisseurs mandants et le regroupement.

Cette assimilation se verra condamnée justement par la **Cour d'Appel d'Amiens, le 17 octobre 1987**, pour la même raison qui avait motivé la Cour d'Appel de Versailles à distinguer le contrat de référencement d'un contrat de commission ou d'un contrat d'achat/vente.³¹³ *"...Attendu que Sopegros oppose pertinemment que ladite société n'était pas le mandataire des fournisseurs puisqu'elle n'était pas chargée par ceux-ci de passer des contrats avec ses adhérents qui traitaient directement et librement avec lesdits fournisseurs qui n'étaient pas, eux-mêmes, tenus de contracter avec eux..."*. Le regroupement référenceur ne peut, en effet, être considéré comme mandataire des fournisseurs, puisque ceux-ci concluent personnellement les contrats de vente avec les distributeurs.

133. La situation juridique née du référencement se distingue donc, de manière absolue, de ces différentes techniques contractuelles.

Elle en acquiert de ce fait une spécificité qui permet d'affirmer, à rebours, qu'une relation juridique présentant les caractères d'une commission à la vente ou d'un achat pour revente, ou encore un contrat de mandat à la vente, ne saurait prétendre au qualificatif de contrat de référencement.

³¹³ **Cour d'Appel d'Amiens 17 octobre 1987** Aff. Sopegros c/ Café quotidien-Vaudour inédit, cité par **Mme M.E ANDRE** dans <<Les contrats de la grande distribution>>.

2) Une spécificité insuffisante pour singulariser le référencement

134. La singularité clairement affirmée d'un contrat de référencement par rapport aux différents modes d'approvisionnement que nous venons d'étudier, repose sur le fait qu'il prévoit une vente directement entre les fournisseurs référencés et les membres du regroupement, à des conditions préalablement négociées entre fournisseur et regroupement.

Cette constante, que l'on retrouve quels que soient les termes du contrat de référencement, constitue l'essence du référencement ; c'est-à-dire l'essence de la relation contractuelle entre un fournisseur "référéncé" et un organe de regroupement "référéncéur". Ces caractères existent dans chacun des contrats de référencement. On les relève aussi bien dans l'accord sur la production d'une offre de vente, qui caractérise ce qu'il est alors convenu d'appeler le contrat de référencement ouvert, que dans l'accord sur la production d'une promesse de vente, que représente le contrat de référencement semi-ouvert, ainsi que dans sa variante prévoyant parallèlement des obligations sur les fournisseurs, qu'est le référencement semi-fermé, ou encore, dans l'accord cadre de fourniture que constitue le contrat de référencement fermé. Cette constante des contrats de référencement constitue, donc, l'objet du référencement. Objet du référencement que l'on doit définir de ce fait plus précisément - en complétant la définition précédemment adoptée - comme étant : *la production de conditions de vente particulières d'une structure de regroupement au profit de ses membres, dont ils pourront directement se prévaloir pour réaliser leurs achats.*³¹⁴ La singularité des contrats de référencement par rapport aux autres modes d'approvisionnement, ci-dessus étudiés, devrait alors permettre, à ce stade du raisonnement, d'affirmer la singularité de l'objet du référencement par rapport à ces mêmes autres contrats. Cette singularité, peut-on penser, devrait permettre d'apporter la preuve du caractère sui generis de cette relation contractuelle et, de ce fait, de consacrer son existence et celle des contrats de référencement qui en sont issus. Cependant, si l'existence de ces critères permet d'affirmer la spécificité des contrats issus de cette situation juridique, ils ne permettent pourtant pas, à eux seuls, d'affirmer la spécificité du référencement lui-même et donc, parallèlement, de leur qualité de "contrat de référencement". En d'autres termes, ils ne suffisent pas pour autant à

³¹⁴ Cette définition est à rapprocher de celle retenue par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : " *Le référencement est un accord ou un contrat par lequel une centrale d'achat ou de référencement autorise un fournisseur, en contrepartie de conditions de vente négociées, à proposer ses produits à la revente chez ses affiliés distributeurs. Ces derniers restent cependant libres de se fournir ou non auprès du fournisseur référencé.*" **D.G.C.C.R.F** fiches pratiques (Disponible sur www.economie.gouv.fr/dgccrf).

assurer la reconnaissance du référencement comme une relation juridique sui generis, non assimilable à une situation connue.

135. En effet, la particularité du contrat de référencement est de s'insérer dans un ensemble contractuel, ensemble constitué par les trois phases de l'opération de référencement que nous avons définies, dont il dépend quant à son existence et sa qualification.

On devrait d'ailleurs parler d'interdépendance, dans la mesure où dans l'hypothèse d'une impossibilité de qualification en contrat de référencement de la seconde phase de cet ensemble contractuel, c'est tout cet ensemble qui mériterait d'être requalifié. De la même façon, dans l'hypothèse où l'opération de référencement dans son ensemble mériterait d'être requalifiée, parler de contrat de référencement n'aurait plus de raison d'être. Il s'ensuit que, pour que le référencement existe, non seulement les contrats qui en sont issus ne doivent pas apparaître comme devant s'identifier à un type de contrat préexistant - ce qui suppose que soient relevables les caractères distinctifs que la doctrine et la jurisprudence majoritaire ont dégagés, qui constituent les caractères distinctifs du référencement - mais il faut également qu'ils s'insèrent dans un ensemble contractuel qui, lui-même, ne s'identifie pas à une situation juridique connue. Cela signifie qu'il est nécessaire, également, d'étudier les correspondances pouvant exister entre l'opération de référencement et les autres modes d'approvisionnement existant. Paraphrasant Mme Sélinsky, il convient donc aussi de poser la question : L'opération de référencement existe-t-elle ? pour pouvoir déterminer si le référencement existe. C'est à cette question que la **Cour d'Appel de Versailles** a eu l'occasion de répondre, dans l'**arrêt du 29 septembre 1988**.³¹⁵ Dans cet arrêt, les fournisseurs référencés ont rempli leur obligation d'approvisionnement auprès des distributeurs qui, eux-mêmes, ont payé les marchandises dans les mains du regroupement référenceur chargé de centraliser les commandes et les paiements mais, ce dernier, n'a pas reversé les sommes correspondantes aux fournisseurs, qui actionnent les distributeurs membres en paiement. Le problème soumis au magistrat est, donc, sensiblement le même que précédemment dans les autres arrêts définissant le référencement que nous avons étudiés, dans la mesure où, il pose la question de la nature des engagements du référenceur. Il en diffère, cependant, car l'appelant soutient, ici, l'hypothèse d'une analyse du référenceur en commissionnaire, non pas des fournisseurs référencés, mais de ses membres. Est donc posée à la Cour d'Appel, la question du caractère éventuel de commissionnaire du regroupement référenceur

LE REFERENCEMENT

pour l'opération de référencement dans son ensemble : c'est-à-dire aussi bien dans sa négociation avec les fournisseurs, que dans les contrats d'achat/vente de marchandise passés avec ces mêmes fournisseurs. La question posée à la cour est donc bien, cette fois, celle de la distinction d'une "opération de référencement" par rapport à d'autres contrats existant, en l'occurrence, au contrat de commission. C'est ce qu'il convient, à présent, de développer.

315 *Cour d'Appel de Versailles arrêt du 29 septembre 1988* Affaire Mme Jeanne, ès qualité et société cart expert France et autres contre société Philips industriel et commercial et autres. Semaine juridique édition générale 1989 n° 10/ II /21190 note Pierre ESTOUP.

§ 2 : Une singularité de l'objet du référencement

136. Lors de l'introduction de la précédente sous-section, nous nous étions interrogés sur les raisons de l'extrême variété d'interprétations auxquelles le référencement avait donné lieu.

Nous y avons trouvé une première explication dans le caractère polymorphe de cette relation. Cependant, l'approfondissement de l'étude de cette relation révèle également, par delà l'apparence classique d'une relation tripartite, une complexité insoupçonnée qui n'a pas, à notre sens, été suffisamment soulignée. Complexité qui explique sans doute, pour une grande part, les divergences d'appréciation que nous avons soulignées. L'étude de la singularité de l'opération de référencement, à laquelle il faut à présent se livrer, va mettre en exergue l'un des facteurs de cette complexité. C'est l'une des caractéristiques principales du référencement dont nous avons déjà parlé : celle de l'interdépendance entre ses différentes phases.³¹⁶ Nous verrons, qu'au même titre que la singularité du référencement en tant que concept juridique ne peut s'affranchir d'une démonstration de la singularité de l'opération de référencement A), parallèlement, cette dernière ne peut être démontrée qu'à travers l'existence effective d'un contrat de référencement B).

Nous analyserons ces deux points successivement.

A) L'opération de référencement : condition d'un contrat de référencement

137. Il apparaît, à travers les interrogations de la doctrine et de la jurisprudence, que l'opération de référencement a posé trois problèmes essentiels d'identification : le premier par rapport à la situation née d'un contrat de commission, le second par rapport à celle née d'un mandat, le troisième par rapport à celle née d'un courtage.

C'est le contrat de commission qui a, historiquement, fait, le premier, l'objet des interrogations de la jurisprudence ; c'est donc par lui que nous débuterons ce nouvel aspect de notre étude.

³¹⁶ Cf. p 158.

1) L'opération de référencement existe-t-elle ?

138. C'est cette même cour de Versailles, qui avait pour la première fois distingué le contrat de référencement d'autres contrats d'approvisionnement existant,³¹⁷ qui consolidera l'appréhension du référencement comme situation juridique sui generis en distinguant, cette fois, le contrat de référencement d'un contrat d'application issu d'un contrat de commission antérieurement passé entre le regroupement et ses membres.

Il apparaît assez tentant, en effet, de voir dans la structure d'intégration à l'achat un commissionnaire de ses membres, dans la mesure où son action semble, à première analyse, correspondre tout à fait à la définition donnée par le Code de commerce de cette activité, puisque l'**article L 132-1 du Code de Commerce** définit ce dernier comme *" celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant."* La relation est manifeste avec le premier constat fait par la jurisprudence du référencement dans la **décision du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg du 29 sept 1983** précitée : *" attendu cependant que SOPEGROS convenait avec les fournisseurs des conditions de vente dont bénéficieraient ses adhérents."* De la même façon, la rémunération d'un commissionnaire s'apparente à celle de la structure de référencement, puisque le droit de commission est généralement déterminé par un pourcentage sur le montant de l'opération. On comprend, dès lors, que certains auteurs n'aient pas hésité à voir dans l'organisme référencier, précisément, un commissionnaire.³¹⁸ La **Cour d'Appel de Versailles** réfutera pourtant cette hypothèse en se prononçant, le **29 septembre 1988**, dans l'affaire précitée Société Cart expert c/ société Philips, sur la nature de l'opération de référencement, en précisant ses différences avec un contrat de commission. C'est ainsi que la cour estimera : *" Considérant en effet que : dans le contrat de commission le commissionnaire, tout en obéissant aux instructions de son commettant dont il est le mandataire et auquel il doit rendre compte, agit avec le tiers contractant en son nom propre ; que, s'agissant d'une commission d'achat, il négocie pour lui-même les conditions de l'opération avec le tiers qui ignore généralement l'identité du commettant, lequel se trouve en tout cas absent de la négociation, ce qui justifie qu'il soit étranger à l'exécution ; qu'il reçoit livraison de la marchandise, en acquiert la propriété, s'assure de son*

³¹⁷ Cf. **Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, 13^e Chambre, 16 décembre 1987**, Sté Sole France C/S.G.C.C. P.A 8 avril 1988 n° 43. Précité. Voir, n° 130 et suivants.

³¹⁸ **MME V. SELINSKY**: <<Le contrat de référencement existe-t-il ?>> Commentaire sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 23 décembre 1987 ; **M.SORIA** <<centrales et groupements d'achat >> Encyclopédie DALLOZ Commercial p 3 n° 32 et suivants.

*état, et règle de ses deniers par acquit d'une facture adressée à son nom ; Considérant en l'espèce que, si Cart Expert France a bien rempli sa mission de groupement d'achat référenceur en négociant au profit de ses adhérents les conditions d'approvisionnement les meilleures, débouchant sur une tarification des produits répertoriés, s'il a également rationalisé les circuits de distribution en diffusant des modèles de bons de commande puis, en assurant le paiement des fournisseurs référencés en prélevant une ristourne au passage, il n'en reste pas moins : que les commandes étaient faites par chaque adhérent, à la seule initiative de celui-ci, notamment pour le choix des articles et leur quantité, et adressées directement au fournisseur concerné, que les marchandises leur étaient livrées directement, et que les conditions générales de vente établies par le groupement stipulaient que les factures devaient être établies au nom de l'adhérent."*³¹⁹

L'argument principal présenté dans cet arrêt et opérant la distinction entre le référencement et la situation créée par un contrat de commission, repose sur la constatation d'une différence de régime entre ces deux situations. Le régime juridique du commissionnaire à l'achat suppose qu'il agisse en son nom et pour le compte de ses commettants pour l'intégralité de l'opération pour laquelle il a été mandaté, en l'espèce, dans toutes les phases de l'opération d'approvisionnement. Or, la cour constate que si le regroupement référenceur négocie effectivement les conditions d'achat, les commandes sont faites directement par les adhérents et les factures leur sont directement adressées. Elle en conclut, légitimement, que le regroupement ne peut être considéré comme le commissionnaire de ses membres. On remarquera que l'argumentation présentée est la même que celle ayant permis d'écarter la qualification du contrat de référencement en contrat d'achat/vente, de commission à la vente ou de mandat.³²⁰ Il s'agit cependant, ici, de la distinction d'une opération de référencement de celle issue d'un contrat de commission à l'achat. Néanmoins, comme dans les cas précédents, le contrat étudié présentant les critères distinctifs d'un contrat de référencement, l'ensemble de l'opération juridique étudiée n'est pas assimilable à celle découlant d'une commission à l'achat et la cour estime, logiquement, qu'il s'agit, en fait, d'une opération de référencement.

139. Cette analyse sera confirmée par un **arrêt de rejet** intervenu le **23 octobre 1990**, sur un recours en cassation suite à l'arrêt de la **Cour d'Appel Versailles du 16 décembre 1987** que nous avons précédemment étudié, dans lequel, pour rejeter l'existence d'une promesse de porte-fort de la structure de

³¹⁹ *Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988*, semaine juridique Ed générale 1989 II 21190.

³²⁰ Cf. Supra p 154 et suivantes.

référencement au bénéfice du fournisseur, la Cour avait distingué le référencement d'un contrat de commission à la vente passé entre le référenceur et les fournisseurs référencés. ³²¹

Le requérant, fort habilement, pour ne pas se voir objecter par la Cour de Cassation la présentation de faits nouveaux, reprenait son argumentation d'appel sur l'absence de qualité de mandataire du regroupement mais, cette fois, en des termes propres à le faire reconnaître comme étant en fait un commissionnaire : *"...Le mandataire n'est étranger au contrat qu'il conclut pour autrui que s'il agit expressément au nom de son mandant, qu'il reste au contraire personnellement tenu de l'exécution du contrat dès lors qu'il ne nomme pas son mandant."* La question ne portait donc plus sur l'existence en l'espèce d'un contrat de promesse de porte-fort entre le fournisseur et le regroupement, qui avait motivé la réponse négative de la **Cour d'Appel de Versailles le 29 septembre 1988** par analogie de la situation à celle d'un commissionnaire à la vente, mais bien sur la question du regroupement comme commissionnaire à l'achat représentant ses membres. ³²²

C'est pourtant la même argumentation de la Cour d'Appel, que reprend à son compte la Cour de Cassation, qui permet, là encore, d'écarter cette nouvelle hypothèse : *"Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève, tant par motifs propres qu'adoptés, que si la convention liant la SGCC et la Société Sole France avait prévu les conditions générales des fournitures, les ventes étaient conclues directement entre la Société Sole France et les coopératives, qui gardaient la maîtrise de leurs commandes quant à l'opportunité et à l'importance de celles-ci, et qui recevaient la marchandise et la facture du fournisseur, auquel elles devaient payer le prix ; que, de ces constatations, la Cour d'Appel a pu déduire que la SGCC, n'ayant pas été partie aux contrats d'application intervenus en exécution de la convention cadre, n'était pas débitrice du prix des fournitures."* ³²³

On peut déduire, de ces arrêts, une réaffirmation des critères spécifiques du référencement. Ces critères écartent la qualification en contrat de commission de l'ensemble contractuel dans lequel ce dernier s'insère, et confirment l'existence et la singularité de cette nouvelle relation juridique, par la constatation de l'existence et de la singularité de l'opération juridique dont elle est issue. Dans sa polyvalence à écarter plusieurs hypothèses contractuelles susceptibles de rendre compte de la situation juridique née du référencement, le critère de l'existence d'une relation d'achat/vente directe entre fournisseurs et distributeurs mis en relation par le regroupement à l'achat se voit,

³²¹ Cf. p 154 et **Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, 13^e Chambre, 16 décembre 1987**, Sté Sole France C/S.G.C.C. P.A 8 avril 1988 n° 43, précité.

³²² Cf. Supra p 161.

donc, érigé en critère général de la reconnaissance du référencement en tant que relation sui generis.

Cette hypothèse demande à être confirmée.

2) Un critère général de reconnaissance du référencement ?

140. Il faut se demander, premièrement, si ces raisonnements sont transposables aux autres contrats d'intermédiation susceptibles de rendre compte de la situation créée par une opération de référencement.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une qualification des contrats de groupement ou d'affiliation en mandat, peut-on appliquer le même raisonnement ayant écarté l'assimilation de l'opération de référencement en une commission à l'achat ? Les deux problèmes sont, en effet, très proches l'un de l'autre. Si l'ensemble de l'opération de référencement devait s'analyser en un mandat, à l'instar de ce qui a été dit pour une qualification de cette opération en un contrat de commission, sa distinction en un nouvel ensemble contractuel n'aurait pas de raison d'être. De fait, le contrat passé entre fournisseurs et regroupement à l'achat ne présenterait pas d'originalité par rapport à un simple contrat-cadre d'approvisionnement passé par l'organe d'intégration à l'achat en vertu d'un contrat de mandat préalable de ses membres. Le contrat apparaîtrait alors comme étant, pour reprendre les mêmes termes que Mme M.E André, "*l'exécution matérielle du contrat d'affiliation ou de groupement*". Ce qui devrait avoir pour conséquence d'aboutir aux mêmes conclusions que cet auteur : "*l'absence des effets caractéristiques du contrat établit l'absence même de celui-ci*".³²⁴ Cependant, il faut tenir compte du raisonnement des juges d'appel par rapport au contrat de commission.³²⁵ Si ce contrat-cadre, signé entre regroupement référenceur et fournisseur, devait prévoir la conclusion des contrats d'achat/vente directement entre adhérents et fournisseurs, l'ensemble de l'opération juridique présenterait, alors, une singularité qui justifierait de l'isoler sous le vocable d'opération de référencement. En effet, elle serait dans ce cas identifiable aux autres situations présentant ces caractères distinctifs, quand bien même le contrat entre le regroupement à l'achat et ses membres, pris isolément, pourrait être qualifié de mandat.

³²³ **Cour de Cassation chambre commerciale 23 octobre 1990** Bull. civ. IV, n°257 Contrats-Concurrence-Consommation janvier 1991 p 5, précité.

³²⁴ **Mme M.E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 202 n° 403.

141. Ce critère conduit-il également à écarter l'assimilation d'une opération de référencement à un courtage ?

On peut en douter, dans la mesure où le contrat de référencement et le contrat de courtage semblent aboutir à la même finalité, de permettre aux membres d'un regroupement à l'achat de se prévaloir directement des conditions de vente d'un fournisseur. Sur la base de ce seul critère, il n'y aurait donc pas lieu de distinguer ces deux opérations. Il est, alors, nécessaire de prendre en considération d'autres éléments. En fait, cette identité d'objectif n'est qu'apparente. Dans la définition que nous avons admise du référencement, l'objet de cette relation contractuelle recouvre précisément : "*la production de conditions de vente dont les distributeurs pourront directement se prévaloir pour réaliser leurs achats*".³²⁶ Or, l'objet d'un contrat de courtage consiste, dans sa définition généralement admise, à rapprocher les personnes qui désirent contracter en faisant connaître à chaque partie les conditions de l'autre et à s'efforcer d'arriver à une conciliation des intérêts.³²⁷ On peut déjà constater que, dans leurs définitions respectives, ces contrats sont parfaitement distincts. Il en est de même de leur fonctionnement. Dans un courtage, les relations unissant le courtier et les parties qu'il rapproche sont celles unissant normalement un courtier avec son ou ses donneurs d'ordres et le partenaire qu'il s'est engagé à trouver. Elles ne portent que sur les modalités de la prestation de service de courtage, qui sont sensiblement différentes de celles du référencement. La distinction entre ces deux contrats se trouve dans l'origine des conditions de vente. Dans un contrat de courtage, celles-ci sont proposées par le fournisseur, sélectionnées et seulement "apportées" à leurs bénéficiaires, conformément à la définition de BURST du rôle d'un courtier.³²⁸ Dans un contrat de référencement, en revanche, ces conditions de vente seront négociées préalablement entre le regroupement référenceur et le fournisseur. En ce qui concerne notamment l'objectif qui nous préoccupe d'un achat/vente - ce qui ramène au cas précis d'un courtage en marchandise - les modalités de vente font l'objet d'une discussion exclusive entre les parties rapprochées par le courtier, alors que dans le référencement cette discussion est en amont avec le référenceur. Dans cette hypothèse d'un courtage, ce n'est donc pas le fait que les contrats d'application du contrat-cadre d'approvisionnement puissent être négociés

³²⁵ Cf. *Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988* semaine juridique Ed générale 1989 II 21190.

³²⁶ Cf. p 157.

³²⁷ **RIPERT ET ROBLOT** << Traité de Droit Commercial >> tome 2. 17^{ème} édition 2004 **M. Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN** p 680 n° 2679.

³²⁸ **BURST** "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans <<Services communs d'entreprises>> 1973. Collection actualité du droit de l'entreprise p 54.

directement entre fournisseurs et membres du regroupement à l'achat qui entraîne la distinction avec une opération de référencement, mais l'absence de contrat-cadre. C'est l'absence même de contrat de référencement qui interdit de confondre une opération de référencement et un courtage.

B) Le contrat de référencement : condition d'une opération de référencement

142. La nécessité conjointe des notions d'opération de référencement et de contrat de référencement pour caractériser et individualiser le référencement, par rapport aux autres contrats d'intermédiation, est à présent démontrée.

Cependant, l'érection en élément caractéristique des mêmes caractères, aussi bien pour le référencement en tant que concept contractuel, que pour l'opération de référencement et le contrat de référencement, entraîne, nécessairement, une certaine confusion. Il convient d'abord de clarifier cette polyvalence, avant d'en tirer les conséquences et les limites.

1) Le sens de l'affirmation

143. Cette définition du référencement est d'une grande importance et entraîne de nombreuses réflexions.

- Il en résulte, d'abord, une confirmation des thèses doctrinales concernant l'existence d'une opération de référencement ayant une identité propre. Celle-ci étant caractérisée par la mission donnée à un intermédiaire, appelé organisme référencier, pour la négociation d'une offre de vente avec des fournisseurs et la conclusion directe d'actes de vente, sur cette base, entre fournisseurs référencés et distributeurs membres.

- Il en résulte, ensuite, que les critères de reconnaissance de cette opération de référencement sont également des critères cumulatifs. En l'absence de l'intermédiation de la structure de regroupement négociant les conditions de vente, il ne saurait être question d'opération de référencement et, parallèlement, l'absence de conclusion directe des contrats d'achat/vente par les distributeurs membres, entraîne la requalification de l'opération de référencement en contrat de

commission ou de mandat.

En d'autres termes, cela signifie que, pour que les caractères constitutifs d'une opération de référencement existent, il est nécessaire que ceux du contrat de référencement existent également. Cela suppose, que le contrat négocié par les soins de l'intermédiaire référenceur soit bien une convention prévoyant les conditions dans lesquelles les distributeurs membres du regroupement pourront, directement, conclure des contrats d'achat/vente. Parallèlement, pour qu'il y ait contrat de référencement, il faut que celui-ci s'inscrive dans un contrat d'intermédiation préalable présentant les caractères d'une opération de référencement. Se trouve ainsi caractérisée l'interdépendance entre ces deux notions que nous invoquions précédemment.³²⁹ Ces critères distinctifs, dont nous avons démontré la pertinence, n'ont cependant pas empêché la doctrine majoritaire, et la jurisprudence, d'utiliser la formule juridique du courtage pour rendre compte des situations nées d'un référencement. Cette situation, sur laquelle nous reviendrons en détail,³³⁰ ne remet pourtant pas en cause nos conclusions sur la différenciation du courtage d'une opération de référencement, pas plus que pour le contrat de commission ou de mandat. En effet, ce n'est pas parce que la souplesse d'une formule contractuelle permet des aménagements de telles sortes qu'elle puisse coller à la réalité observable d'une situation juridique nouvelle, qu'il faut nécessairement assimiler cette nouvelle situation à ce contrat connu et lui dénier, de ce fait, sa singularité. En l'occurrence, comme nous l'avons démontré, l'opération de référencement présente suffisamment d'aspects caractéristiques transcendant les formules contractuelles classiques utilisées parfois pour déterminer son régime juridique, pour que puisse être caractérisée et affirmée sa nature *sui generis*. La qualification en contrat de commission, de mandat, ou de courtage, du contrat d'affiliation ou de groupement apparaît, donc, insuffisante pour méconnaître l'existence d'une opération de référencement. Par voie de conséquence, elle apparaît également insuffisante pour méconnaître celle d'un contrat de référencement, si est caractérisée l'existence de ce contrat, passé par l'organisme référenceur, prévoyant que les contrats d'achat/vente d'application, dont il fixe les conditions, doivent être conclus directement entre ses membres et les fournisseurs référencés.

144. Cette dialectique contraint à faire objection à Mme Sélinsky qui envisageait dans le regroupement à l'achat un commissionnaire, dans la mesure où la singularité du référencement se trouve caractérisée par rapport à cette

³²⁹ Cf. Supra n° 135 et 136.

LE REFERENCEMENT

convention. Mais, parallèlement, l'existence de ces critères suffisants pour caractériser un référencement permet, également, de faire objection à l'opinion exprimée par Mme M.E André, considérant comme seul véritable "contrat de référencement" un contrat comportant des obligations réciproques entre fournisseurs référencés et regroupement référenceur.

De fait, que les clauses du contrat intervenu prévoient ou non des obligations réciproques entre le regroupement et les fournisseurs, ne modifie en rien l'existence des caractères du contrat de référencement tels qu'ils ont été définis par la jurisprudence. Le raisonnement de Mme M.E André présentant l'existence de ces relations réciproques comme élément caractéristique du contrat de référencement, ne représente donc plus qu'une opinion personnelle, par ailleurs tout à fait respectable, et qui par certains aspects apparaît fondée,³³¹ mais introduisant à ce stade de la réflexion un critère supplémentaire dans la définition du référencement que ne prévoit pas la jurisprudence et surtout, qui n'apparaît pas nécessaire. On peut penser, en effet, que dans l'interprétation qu'en donne cette jurisprudence, l'opération de référencement se trouve suffisamment singularisée par les deux critères cumulatifs : de la négociation d'une offre de vente à la demande de ses membres par un organisme référenceur et la conclusion directe d'actes de ventes, sur cette base, entre fournisseurs référencés et distributeurs membres. De la même façon, on peut penser que se trouve suffisamment singularisé le référencement comme étant : une relation contractuelle sui generis s'inscrivant dans cette opération et organisant les conditions dans lesquelles - sur les bases de conditions de vente prévues dans un "contrat de référencement" passé entre la structure de regroupement référenceur et les fournisseurs référencés - les distributeurs membres du regroupement à l'achat pourront, directement, conclure des contrats d'achat/vente avec les fournisseurs. Que les opinions quant à la classification des situations ainsi créées puissent différer selon les juridictions et les auteurs, ou encore, selon les variations pouvant affecter le contrat de référencement, cela importe peu. Tant que les critères de base du référencement subsistent, il s'agit d'un contrat de référencement. Ce n'est que, si ces caractères fondamentaux venaient à disparaître, que cette situation devrait cesser d'être qualifiée ainsi. L'opération de référencement, le référencement qu'elle induit et le contrat de référencement qui en découle, méritent donc incontestablement d'être qualifiés de sui generis ; ce caractère étant le produit de la nature sui generis de l'objet du contrat de référencement et de l'interdépendance observable de ces relations. L'avantage que l'on peut précisément voir dans cette conclusion est de permettre

³³⁰ Cf. Chapitre III section II.

³³¹ Cf. p 149.

de ramener à une même situation juridique des relations qui peuvent, par ailleurs, être très variées et donner lieu à des qualifications également variées, alors même qu'elles sont semblables quant à leurs conséquences juridiques et économiques pour les fournisseurs, et que leur importance, dans la distribution moderne, devrait nécessiter un régime juridique cohérent. Encore faut-il que soit effectivement caractérisée l'existence d'une convention présentant les caractères distinctifs d'un contrat de référencement pour qu'existe l'opération de référencement.

2) La portée de l'affirmation

145. Le principe, à présent posé, selon lequel un contrat de référencement se distingue par les deux critères cumulatifs de la négociation d'une offre de vente par un organisme référenceur et la conclusion d'actes de ventes, sur cette base, entre fournisseurs référencés et distributeurs membres, on doit néanmoins s'interroger sur l'étendue de la distinction entre, d'une part, le contrat de référencement et, d'autre part, les contrats d'achat/vente ultérieurement réalisés.

Cette distinction, comme le laissent envisager certains auteurs, entraîne une indifférence quant au mode d'exécution de ces contrats d'achat/vente, entre fournisseurs référencés et distributeurs membres.³³² Le principe de cette affirmation est parfaitement compréhensible. Si l'opération de référencement implique la conclusion d'un accord entre la structure de regroupement référenceur et le fournisseur référencé, accord qui fixe les conditions de vente, et si, à partir de cet accord, doivent être conclus des actes de vente entre ces mêmes fournisseurs et les adhérents du regroupement, qu'importe, a priori, que ces contrats d'application soient conclus directement par les distributeurs membres ou par un mode quelconque de représentation. Ceci n'est qu'une application, à notre espèce, du principe fondamental en droit français du consensualisme qui gouverne le droit des contrats. Si les parties ont contractuellement manifesté la volonté de placer leur contrat sous un régime juridique donné, l'ensemble des dispositions de ce contrat devront être interprétées par référence au régime contractuel sous lequel sera placée leur convention ; sous réserve d'une contradiction entre les clauses du

³³² **Mme M.E ANDRE** <<Centrales d'achat : commissionnaires ou mandataires ?>> Cahier de droit de l'entreprise 1986. 3 p 8 *"Il convient de distinguer entre les problèmes liés à la conclusion du contrat d'achat-vente et ceux propres à son exécution. Les premiers concernent notamment la mise en place d'une opération de référencement, mais cette question n'est pas envisagée ci-après. Il s'agit ici essentiellement de s'intéresser aux problèmes qui peuvent exister lors de l'exécution du contrat d'achat-vente."*

contrat et sa qualification par les contractants. En conséquence, si les parties manifestent leur volonté de conclure un contrat de référencement, ce contrat de référencement devra s'analyser par rapport à cette volonté ; sous réserve d'une contradiction entre ses clauses et la qualification qu'elles lui ont donnée. L'opinion d'une indifférence du mode de conclusion des contrats d'achat/vente par les distributeurs membres, en application du contrat de référencement, apparaît donc fondée, car, rien dans la définition du contrat de référencement n'interdit un mode quelconque de représentation pour cette opération.

146. Il n'est pas certain, cependant, que ce raisonnement puisse toujours être applicable.

Si, par exemple, la structure de regroupement, qui a conclu en son propre nom le contrat de référencement, est reconnue comme ayant conclu également, en son nom propre, l'achat pour le compte de ses membres, et qu'elle doive, ainsi, prendre pour cette opération d'achat la qualification de commissionnaire, la distinction opérée apparaît alors tout à fait artificielle. En effet, elle viendrait en contradiction avec le critère de distinction que nous venons d'étudier, posé par la jurisprudence, entre une opération de référencement et un contrat de commission. Cette distinction repose, précisément, sur la constatation que, dans le contrat de référencement, seule la négociation des conditions de vente est effectuée par le regroupement à l'achat ; les contrats d'achat/vente étant directement réalisés entre ses membres et les fournisseurs référencés. Or, si pour la réalisation de ces contrats d'achat/vente la structure de regroupement à l'achat agit en commissionnaire de ses membres, c'est que l'intégralité de la relation juridique doit s'analyser en un contrat de commission. Nous sommes, ici, dans le même cas de figure que ce qui prévaudrait si les contrats d'achat/vente étaient, finalement, exécutés par le référenceur en son nom et pour son propre compte et qu'il les revende, ensuite, à ses adhérents. Il viendrait difficilement à l'idée, alors, de qualifier cette opération en référencement. Il en serait ainsi, quand bien même les parties auraient clairement manifesté leur volonté de se placer sous ce régime juridique, parce qu'en l'espèce, il y aurait une contradiction flagrante entre la qualification par les parties de leurs relations juridiques et la réalité du régime auquel renverraient les dispositions du contrat. Dans cette hypothèse, le principe est posé de longue date d'une liberté des juges du fond quant à la requalification du contrat. Le référenceur, ici, serait naturellement perçu comme pratiquant la technique de l'achat/vente ; situation dont nous avons vu précédemment qu'elle est

LE REFERENCEMENT

assimilée à celle d'un grossiste.³³³ De la même façon, il paraît paradoxal de continuer à voir une opération de référencement dans la situation où un organisme conclut en son nom, mais pour le compte de ses membres, un contrat-cadre d'approvisionnement fixant les conditions d'une vente qui sera réalisée par lui-même agissant comme commissionnaire de ses membres, dans la mesure où, tout au long de l'opération, l'organisme n'aurait cessé d'agir en commissionnaire et de faire écran entre les fournisseurs et ses membres.

La qualification d'un contrat donné en référencement pose donc, en pratique, certains problèmes qui nécessitent qu'on s'y attarde et qui, logiquement, feront l'objet de notre deuxième section.

³³³ Cf. Supra n° 24.

Section II : La complexité de l'objet de l'opération de référencement

147. Le caractère sui generis des relations de référencement étant à présent démontré, la distinction terminologique que nous avons précédemment opérée en introduction de ce chapitre, se trouve justifiée : ³³⁴

- en qualifiant d'opération de référencement l'ensemble contractuel donnant lieu à l'opération d'approvisionnement utilisant la technique du référencement ;
- en qualifiant de "référencement" cette opération, par laquelle une structure d'intégration à l'achat va négocier, pour le compte de ses membres, des conditions de vente qui donneront lieu, ensuite, à des contrats de vente passés entre les fournisseurs référencés et les distributeurs membres du regroupement ;
- enfin, en qualifiant de "contrat de référencement" le contrat issu de cette opération, conclu matériellement entre le regroupement et les fournisseurs, indépendamment de son analyse en tel ou tel contrat ou combinaison de contrats d'approvisionnement connus.

Cependant, par delà cet acquis de principe, se pose encore la question de la reconnaissance effective d'une relation de référencement, dans la diversité des liens contractuels observables de la grande distribution. Or, cette tâche s'avère difficile. Elle s'avère difficile, déjà, en raison du caractère polymorphe du référencement que nous avons précédemment souligné et qui oblige, en quelque sorte, à une pré-analyse des contrats étudiés pour en chercher le dénominateur commun caractéristique. Caractère commun qui peut se révéler d'autant plus difficile à déceler qu'il n'y aura pas forcément, ni la connaissance, ni même parfois la volonté des cocontractants de se placer sous ce régime. Elle s'avère difficile, encore, en raison de la particularité de ce contrat caméléon d'avoir ses obligations, une fois isolées de leur contexte, assimilables à de nombreuses autres situations contractuelles.³³⁵ Elle s'avère difficile, enfin, en raison de l'interdépendance de ses obligations qui oblige à vérifier que chacune sous-tend cette relation de référencement, au risque de voir l'ensemble contractuel prendre une autre interprétation.

C'est pourtant cette tâche que nous allons à présent aborder, en précisant, dans notre (§1), les caractères généraux permettant une reconnaissance de cette

³³⁴ Cf. Supra p 143.

LE REFERENCEMENT

relation ; notre (§2) visant à établir une nomenclature des règles de reconnaissance applicables en fonction des cas d'espèce pouvant se présenter.

335 Cf. Supra p 97.

§1) L'existence d'un contrat de référencement

148. La question de la reconnaissance effective d'une relation de référencement s'est posée très tôt à la jurisprudence et à la doctrine. Nous savons, qu'historiquement, c'est essentiellement à partir du contrat de commission que s'est opérée cette reconnaissance.³³⁶

Il convient donc de revenir à cette première étape, en tâchant de préciser où se situe le point de rupture entre ces deux contrats dans ce qui constitue le critère principal de distinction du référencement : l'existence d'une relation directe d'approvisionnement entre les distributeurs membres du regroupement et les fournisseurs référencés. Nous verrons que ce critère de distinction sera consacré et précisé par la Cour de Cassation (A), et qu'il trouve sa justification dans la nature complexe de ce contrat (B).

A) Une interprétation jurisprudentielle extensive

149. La Cour de Cassation, une fois admis le principe de l'existence d'un contrat de référencement, se devait de préserver cette position de principe.

C'est ce qu'elle a fait de la manière la plus nette, en mettant en exergue le critère central de reconnaissance de ce contrat, et en s'opposant aux décisions des cours inférieures négligeant ce paramètre qui, de ce fait, déniaient aux contrats qui leur étaient soumis la nature contractuelle nouvelle que la Cour de Cassation avait reconnue. C'est ce processus ayant contribué à préciser les caractères du référencement que nous allons, à présent, étudier.

1) Une analyse au cas par cas des juges du fond

150. Lorsque nous avons abordé la portée de l'affirmation du principe selon lequel est caractéristique du référencement la possibilité de conclusion directe d'achat/vente entre fournisseurs référencés et distributeurs membres du regroupement, nous avons soulevé un premier problème qui est celui du mode

d'exécution de ces contrats, pour contester que ce mode puisse être indifférent.³³⁷
Il convient, ici, de reprendre cette discussion.

Au début de la reconnaissance de la relation de référencement, dans le cadre des recherches sur l'aboutissement de la relation triangulaire entre organe d'intégration, membres du regroupement à l'achat et fournisseurs, que représente la conclusion de contrats d'achat/vente, Mme André s'était interrogée sur la qualification que pouvait prendre un éventuel contrat de représentation entre la structure de regroupement et ses membres pour l'exécution d'un tel contrat d'achat/vente. L'auteur avait abouti à la conclusion qu'il pouvait s'agir d'un contrat de commission ou de mandat. Pour étayer l'hypothèse d'un contrat de commission, elle présentait deux décisions dans lesquelles la qualité de commissionnaire a été reconnue au regroupement lors de la conclusion de pareils contrats d'exécution de la convention de référencement.³³⁸ De ces deux décisions, une seule présentait assez clairement les caractères d'une opération de référencement, l'affaire Cedac :

"...Il est acquis aux débats et résulte des pièces présentées que de très nombreux commerçants exploitant des fonds de commerce de vente de chaussures au détail ont adhéré à une centrale d'achat dénommée Cedac, Société Anonyme Coopérative à Personnel à Capital variable, dont la mission était de :

— « sélectionner des modèles constituant des collections à l'intérieur desquelles les adhérents pouvaient choisir ceux qu'ils mettraient en vente dans leurs fonds ».

— « centraliser les commandes de ses adhérents, les transmettre aux fournisseurs, vérifier la ponctualité des livraisons, enfin effectuer les paiements pour la totalité des factures émanant des fournisseurs agréés dont Cedac se porte du croire à l'égard des dits fournisseurs agréés ».

— en contrepartie de ces services, les fournisseurs versent une commission d'intervention à Cedac... ".³³⁹ Cependant, loin d'être indifférents à la qualification du contrat d'exécution, et malgré l'apparence d'un référencement de cette situation juridique, les juges du fond écartèrent cette qualification au profit de celle de commissionnaire : " Attendu qu'il résulte de ces éléments que la preuve n'est pas rapportée par les fournisseurs d'un quelconque lien de droit direct entre eux et les détaillants, preuve qui pourrait être constituée par la présentation de bons de commande établis au nom des détaillants, ce qui n'est pas le cas. Qu'il échet dès

³³⁶ Cf. **Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, 13^e Chambre, 16 décembre 1987**, Sté Sole France C/S.G.C.C. Précité. P.A 8 avril 1988 n° 43.

³³⁷ Cf. n° 145 et suivant.

³³⁸ **Mme M-E ANDRE** : <<Centrales d'achat : commissionnaires ou mandataires ?>> Cahier de droit de l'entreprise 1986. 3 p 8 précité.

³³⁹ **Tribunal de commerce de Paris 16 Ch. 25 septembre 1985** Soc. Bidegain et autre c. Cedac. Arrêt rapporté par **Mme M.E ANDRE** Cah. Drt. Entr. 1986. 3 p 10.

lors de dire que les fournisseurs, sont mal fondés en leur demande, les ventes devant être considérées comme contractées directement entre Cedac agissant en qualité de commissionnaire et les fournisseurs". Les termes employés dans cette décision du Tribunal de Commerce de Paris, qui établissent la qualité de commissionnaire de la centrale d'achat, ne laissent aucun doute quant à la question de savoir si la portée du jugement concerne l'opération dans son ensemble ou seulement les contrats d'achat/vente d'application ; d'autant que les juges n'ont jamais qualifié cette opération de référencement. C'est bien à l'ensemble de l'opération qu'ils font référence en parlant de commission. Dans cette espèce, ils écartent expressément la présence du critère distinguant une opération de commission d'une opération de référencement - l'existence d'un "lien de droit direct" expressément visé entre les fournisseurs et les détaillants - pour en tirer toutes les conséquences, en qualifiant la centrale Cedac de commissionnaire. La condamnation implicite de la qualité de référenceur de la centrale, qui n'était pas débattue, est néanmoins évidente. La qualité de commissionnaire du regroupement à l'achat, pour les ventes intervenues en application du contrat-cadre d'approvisionnement négocié, exclut la qualification de référencement.

Cette première décision confirme notre remarque précédente, concluant à une incidence évidente du mode d'exécution des contrats d'achat/vente issus d'un contrat de référencement lors d'une analyse, in concreto, de la nature d'une opération contractuelle d'approvisionnement.

151. Dans une affaire similaire concernant la même centrale d'achat, la **Cour d'Appel de Colmar le 8 novembre 1991** qualifiera, pareillement, la relation intervenue en exécution du contrat-cadre d'approvisionnement, de commission ; arrêt cassé par la **Cour de Cassation le 22 mars 1994**, en des termes qui éveillèrent notre attention et nécessitent qu'on s'y attarde.³⁴⁰ La Cour d'Appel avait relevé plusieurs éléments caractérisant, d'après elle, les agissements d'un commissionnaire : la centralisation des commandes de ses adhérents par la centrale, leur transmission au fournisseur à une date déterminée, la vérification de la ponctualité des livraisons, le fait qu'elle effectuait les paiements et se portait du croire. Cette dernière obligation étant caractéristique d'un contrat de représentation, semblait justifier l'analyse de la Cour d'Appel de voir dans ces agissements ceux d'un commissionnaire. Elle relevait, également, une clause du contrat passé avec les fournisseurs, au terme de laquelle, ces derniers ne devaient considérer les adhérents de la centrale qu'à travers elle. Néanmoins, la cour de

³⁴⁰ **Cour de Cassation chambre commerciale 22 mars 1994** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres Bull. Civ. IV n° 124 ; Sommaires Commentés DALLOZ 1995 p 80. Voir également commentaire M. Bernard BOULOC RTD Com. 1994 p 769.

Cassation saisie de l'affaire, après avoir estimé que les motifs invoqués par les juges du fond étaient impropres pour qualifier un contrat de commission - ce qui laissait augurer un rappel par la juridiction suprême des caractères constitutifs de ce contrat - cassera l'arrêt. Elle le cassera sur la base d'une erreur d'interprétation, et ce faisant, elle a posé un nouveau principe d'identification du référencement.

2) Une position de principe de la Cour de Cassation

152. Si on analyse les motifs de l'arrêt avec soin, on s'aperçoit que la Cour de Cassation va casser la décision de la Cour d'Appel pour dénaturation des termes du contrat passé entre les fournisseurs et le référenceur. Elle estime, ainsi, que si ce contrat interdisait aux fournisseurs de traiter avec un de ses adhérents, c'était uniquement dans le cas où ces relations se feraient en dehors et à l'insu de la centrale d'achat : "*Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser un contrat de commission, et alors que si le contrat entre la société Peter Kaiser et la CEDAC, celui entre la CEDAC et la société Lévy Bloch n'ayant pas été discuté devant les juges du fond, interdisait à la société Peter Kaiser de traiter avec un adhérent de la CEDAC, c'était uniquement dans le cas où ces relations se feraient << en dehors et à l'insu de la CEDAC >>, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision...*". ³⁴¹

Cette motivation, peu habituelle, ne peut se comprendre que par une volonté des juges de réaffirmer les caractères fondamentaux du contrat de référencement et de démontrer leur existence, en l'espèce. Opération qui rend nécessairement incompatible la situation analysée avec un contrat de commission. L'arrêt cité apparaît, donc, par delà la censure de l'interprétation d'un contrat, comme une confirmation du paradoxe que nous évoquions précédemment.³⁴² En effet, la Cour d'Appel, par un raisonnement exclusif sur les termes du contrat passé entre la centrale et le fournisseur et la façon dont il prévoit la réalisation des opérations d'achat/vente par l'intermédiaire de la centrale, parvient à la conclusion que les fournisseurs ne devant considérer les adhérents et la centrale qu'à travers elle, celle-ci fait écran entre les fournisseurs et ses membres et agit, de ce fait, en commissionnaire. Ce faisant, la Cour d'Appel qualifie nécessairement l'ensemble de

³⁴¹ **Cour de Cassation chambre commerciale 22 mars 1994.** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres, précité.

³⁴² Celui qui se produit en cas de réalisation par contrat de commission, d'un contrat d'achat/vente négocié lors d'un référencement. Cf. Supra p 171.

l'opération d'approvisionnement en "contrat de commission".³⁴³ Cette décision ne poserait aucun problème, si les termes du contrat d'affiliation passé entre la centrale d'achat et ses adhérents caractérisaient, pareillement, la volonté des parties de réaliser une telle opération. Il en est tout autrement, en revanche, si les termes de ce contrat d'affiliation caractérisent la volonté de réaliser une opération de référencement. Dans cette hypothèse, la décision des juges du fond entraîne la requalification d'une opération, qui a été voulue à l'origine comme un référencement, en contrat de commission. C'est à cette situation que s'est visiblement heurtée la Cour de Cassation, ce qui va entraîner une réaction de sa part dans le souci d'assurer le respect du contrat. Le problème auquel se heurte la Cour de Cassation pour rendre sa décision, est que ce contrat d'affiliation dont les juges dénaturent les termes n'a pas été discuté au fond, comme elle prend soin de le préciser : "*Celui (le contrat) entre la CEDAC et la société Lévy Bloch n'ayant pas été discuté devant les juges du fond.*".³⁴⁴ La Cour de Cassation ne peut donc pas casser l'arrêt rendu par la Cour d'Appel pour dénaturation de ce contrat, puisqu'elle ne peut statuer que sur le contrat entre le regroupement référenceur et le fournisseur référencé dont elle est saisie. Pour résoudre ce problème, il faudrait que ce dernier contrat contienne, intrinsèquement, les critères d'un contrat de référencement tels que définis par sa propre jurisprudence, ce qui permettrait la qualification de l'ensemble de l'opération juridique en opération de référencement. La Cour de Cassation pourrait ainsi se conformer aux intentions manifestées par le regroupement et ses membres dans le contrat d'affiliation, dont elle n'est pas saisie mais dont elle entend faire respecter la volonté ; ce que la qualification de l'organe de regroupement à l'achat en commissionnaire rend incompatible. Pour justifier cette position, il fallait donc que la convention entre l'organe de regroupement et les fournisseurs prévoie la faculté de conclusion des contrats d'achat/vente caractéristique d'un contrat de référencement, c'est-à-dire, directement entre les fournisseurs et les membres du regroupement. C'est une telle possibilité que la Cour de Cassation a estimé avoir trouvée en l'espèce au motif que : "*si le contrat entre la société Peter Kaiser et la CEDAC... interdisait à la société Peter Kaiser de traiter avec un adhérent de la CEDAC, c'était uniquement dans le cas où ces relations se feraient << en dehors et à l'insu de la CEDAC,>>...*".³⁴⁵

153. C'est dans ce dernier aspect que le raisonnement des juges

³⁴³ Cf. Supra n° 150 et suivant.

³⁴⁴ **Cour de Cassation chambre commerciale 22 mars 1994** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres, précité.

³⁴⁵ **Cour de Cassation chambre commerciale 22 mars 1994** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres, précité.

suprêmes est intéressant.

Ils ont interprété une clause contractuelle interdisant à un fournisseur référencé et un distributeur de traiter en dehors et à l'insu de l'organe d'intégration à l'achat, comme n'interdisant pas, en fait, toute possibilité de conclusion des contrats d'achat/vente directement entre eux. Une telle analyse, de prime abord, apparaît comme une interprétation quelque peu poussée de la volonté des parties quand, théoriquement, ce sont les juges du fond qui sont souverains dans cette interprétation, et alors même que ces derniers avaient, précisément, analysé en sens contraire cette clause. La seule explication est que, de toute évidence, la cour de cassation opère une interprétation de la volonté des parties à ce contrat sur la base d'un autre contrat dont elle n'est pas saisie, et de surcroît, auquel l'un des contractants n'est pas partie ; ce qui sur un plan purement procédural apparaît assez curieux. Ce raisonnement, peu orthodoxe, montre bien la nécessité dans laquelle s'est trouvée la juridiction suprême d'inventer un moyen de faire respecter la volonté des parties et sa propre jurisprudence, récemment établie, reconnaissant le particularisme des contrats de référencement. La cassation opérée par la Cour ne relève donc pas d'une dénaturation des termes du contrat dont elle est saisie, et avant elle dont avait été saisie la Cour d'Appel, mais d'une dénaturation de ses termes au regard de l'ensemble contractuel dans lequel il s'insère. La seule justification à cette interprétation ne peut résulter que de l'interdépendance que nous avons déjà soulignée et qui, ici, se voit manifestement reconnue, entre le contrat d'affiliation ou de groupement, d'une part, et le contrat de référencement proprement dit, d'autre part, dont cet arrêt de la Cour de Cassation démontre que l'un ne peut être interprété sans l'autre. Confronté à deux options contradictoires : - le respect de la volonté des parties, telle qu'elle apparaissait dans le contrat dont elle était saisie - et - le respect de la volonté des parties, dans l'économie de l'ensemble contractuel auquel il devait être rattaché -, la Cour de Cassation a fait son choix. Un choix d'interprétation peu orthodoxe, mais un choix néanmoins conforme à une certaine logique juridique et qui doit être approuvé.

B) Une interprétation justifiée par la nature "complexe" du référencement

154. Le problème mis en exergue par l'*arrêt du 22 mars 1994* que nous venons d'étudier - relatif à l'interprétation d'un contrat en "contrat de référencement" - réside dans le fait que celui-ci est indissociable de son contexte : ce contexte étant l'opération de référencement.

C'est bien, parce que l'ensemble de l'opération contractuelle évoquait un référencement, que les hauts magistrats ont refusé de voir dans le contrat qui leur était soumis un contrat de commission, et ce, même si pris isolément il en avait les caractères. On doit en déduire, qu'une interprétation de la volonté des parties à un contrat supposé de référencement, en se basant uniquement sur ses clauses, ne saurait donc, à elle seule, rendre compte de la réalité juridique de la situation. Il est alors nécessaire de faire appel à la théorie des "contrats complexes" ou celle des "groupes de contrats" pour cette interprétation ; théories dans lesquelles on peut trouver les fondements de cette décision inhabituelle de la Cour de Cassation.

1) Les fondements de la jurisprudence de la Cour de Cassation

155. Ces théories ont été développées par rapport au problème de la nullité de certains groupes de contrats, dont les conséquences juridiques apparaissent liées. ³⁴⁶

Elles prônent, entre autres, la nullité de l'ensemble des contrats quand ceux-ci apparaissent indivisibles. L'indivisibilité peut être définie comme *"l'état de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement sous un rapport envisagé"*. ³⁴⁷ C'est un mode d'interprétation des contrats que la doctrine et la jurisprudence ont envisagé pour rendre compte, précisément, de la situation que nous pouvons observer avec le référencement dans laquelle *"...Des opérations successives, techniquement distinctes les unes des autres, se relient les unes et les autres à une intention commune ; elles s'expliquent les unes par les autres ; elles correspondent les unes et les autres à l'exécution d'un même dessein"*. ³⁴⁸ Tel est bien le cas de l'opération de référencement. La Cour de Cassation, par l'intermédiaire de sa première chambre civile, a déjà eu l'occasion d'affirmer la validité de cette règle d'interprétation, s'agissant de contrats conclus entre parties différentes. Ils furent analysés dans leur ensemble, alors même qu'un seul était soumis aux juges, et annulés, car contraires à l'ordre public. ³⁴⁹ On peut voir, dans

³⁴⁶ **M.GHESTIN** "les contrats" n° 888 et suivants ; **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** <<Les obligations>> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 99 n° 76 et 77 ; Voir, également concernant les accords d'exclusivité et de fourniture **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 1995 p 261 n° 475 et jurisprudence citée.

³⁴⁷ Vocabulaire juridique sous la direction de **H.CAPITANT. M.GHESTIN** <<Le contrat >> n° 888.

³⁴⁸ **J. BOULANGER** cité par **M.GHESTIN** <<Le contrat >> n° 891.

³⁴⁹ **Cour de Cassation 1ère chambre civile 22 janvier 1975** Bull. Civ. I n° 26 p 25 ; **Cour de Cassation chambre commerciale 4 avril 1995** <<Contrats-Concurrence-Consommation>> 1995 n°105 observations LEVENEUR ; **Cour de Cassation 1ère chambre civile 3 décembre 1996**

l'**arrêt** analysé précédemment de la **chambre commerciale de la Cour de Cassation du 22 mars 1994**, une manifestation de cette règle de l'indivisibilité étendue, ici, comme principe d'interprétation et consacrant l'opération de référencement comme un "groupe de contrats". Du moins, si l'on se base sur la distinction opérée par la doctrine entre "contrat complexe" et "groupe de contrats" ou "ensemble contractuel". Au regard de cette doctrine, la notion de "contrat complexe" serait réservée à une combinaison de contrats analysables en un contrat unique, celle de "groupe de contrat" ou "ensemble contractuel", visant des contrats qui, bien qu'indivisibles par leur but ou leur objet, conservent leur individualité.³⁵⁰ Dans l'opération de référencement, les différentes phases contractuelles étant bien distinctes c'est donc, a priori, à la notion de groupe de contrats que cette opération devrait se rattacher, même si la distinction entre ces différentes situations est ténue.³⁵¹

156. Cependant, même une fois posée l'applicabilité de cette théorie au référencement, se posent encore un certain nombre de questions quant à sa mise en œuvre, tant l'opération de référencement peut donner lieu à des situations compliquées et ambiguës.

Dans cet **arrêt du 22 mars 1994**, la Cour de Cassation, constatant l'existence des critères constitutifs d'une opération de référencement - en démontrant une possibilité de contact direct entre les fournisseurs et les distributeurs pour un contrat d'achat/vente - replace le débat dans les termes de la distinction opérée par la **Cour d'Appel de Versailles du 29 septembre 1988** entre : le contrat de commission et le contrat de référencement.³⁵² Cette distinction, qu'elle a elle-même adoptée quand elle fut saisie de ce problème,³⁵³ concerne la nécessaire existence d'une relation directe d'achat/vente entre les fournisseurs et les distributeurs membres de la structure d'intégration à l'achat, pour que l'on puisse

<<Contrats-Concurrence-Consommation>> 1997 n° 42 observations LEVENEUR ; **Cour de Cassation 1ère chambre civile 15 juin 1999** <<Contrats-Concurrence-Consommation>> 1999 n°173 observations LEVENEUR.

³⁵⁰ **M.B.THESSIE** <<Les groupes de contrats>> Thèse Montpellier 1975 ; **M.S.BROS** <<L'interdépendance contractuelle>> Thèse Paris 2001 ; **M.GHESTIN** "les contrats" n° 888 et suivants ; **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations>> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 99 n° 76 et 77.

³⁵¹ **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations>> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 397 n° 348 : "*Des contrats complexes aux ensembles contractuels, la distance est faible. Elle tient, en effet, pour l'essentiel, à ce que, dans le premier cas, le complexe de contrat est identifié comme un tout alors que dans le second cas, on continue à percevoir moins le tout lui-même que les éléments qui le composent.*".

³⁵² **Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988** semaine juridique Ed générale 1989 II 21190, précité.

³⁵³ **Cour de Cassation chambre commerciale 23 octobre 1990** Sté SOLE FRANCE c/ SGCC Précité. Bull civ IV, n°257. Contrats-Concurrence-Consommation janvier 1991 p 5.

parler de référencement. L'existence de cette possibilité entraîne la constatation que la centrale ne fait pas écran dans les contrats d'application du contrat-cadre d'approvisionnement, entre les fournisseurs et les distributeurs, et qu'elle n'agit donc pas en commissionnaire pour l'ensemble de l'opération de référencement. En s'attachant ainsi à démontrer que, dans les accords d'approvisionnement passés avec les fournisseurs, la centrale n'agissait pas en commissionnaire, la cour réfute, implicitement, la possibilité d'une analyse de l'organe référenceur comme commissionnaire dans les contrats d'achat/vente conclus entre fournisseurs et distributeurs en application d'un contrat de référencement. On peut en effet penser que, si la nature du contrat d'achat/vente passé entre les distributeurs membres et les fournisseurs était indifférente à la qualification de l'ensemble contractuel en opération de référencement, la Cour de Cassation n'aurait pas eu à adopter cette motivation. Elle n'avait, en effet, aucune raison juridique de rejeter en bloc la qualité de commissionnaire de la centrale pour l'exécution des contrats d'achat/vente, sous prétexte qu'une possibilité existait pour les membres du regroupement à l'achat de traiter directement avec les fournisseurs. Il lui aurait suffi de relever que, dans le cas particulier de cette opération de référencement, la structure de regroupement agissait généralement comme commissionnaire, mais qu'il existait une possibilité pour les adhérents de ce regroupement de conclure eux-mêmes ces accords. Elle aurait pu, alors, s'attacher à déterminer, pour l'opération soumise à son appréciation, dans quel type de relation on se trouvait. Si la Cour de Cassation n'a pas adopté cette solution, c'est nécessairement, qu'au-delà de ces accords, la véritable question concernait le cadre juridique de l'opération d'approvisionnement dans son entier.

157. On peut effectivement estimer que si une structure de regroupement conclut en son nom, mais pour le compte de ses adhérents, un accord d'approvisionnement avec un fournisseur et qu'elle conclut, en plus, en son nom et toujours pour le compte de ses adhérents, les accords d'achat/vente d'applications, elle doit être qualifiée de commissionnaire pour cette dernière opération et, par voie de conséquence, pour toute l'opération d'approvisionnement.

En effet, elle aura, durant toute l'opération, fait parfaitement écran entre les fournisseurs cocontractants et ses commettants qui n'auront jamais de relations directes entre eux. Cette situation correspondant exactement à celle d'un commissionnaire, il ne serait pas logique de la qualifier autrement. En revanche, en cas d'existence d'une possibilité de lien direct, la structure de groupement ne fait plus écran et cela exclut obligatoirement son analyse en commissionnaire. On peut

donc voir, dans ces circonstances, la raison pour laquelle, dans toutes les affaires qui lui seront soumises où les pourvois mettront en avant des arguments justifiant l'existence d'un contrat de commission liant les regroupements à l'achat à leurs membres pour l'opération d'achat/vente, la Cour de Cassation s'attachera toujours à démontrer la possibilité d'un lien direct dans la conclusion des contrats entre fournisseurs et distributeurs, manifestant l'existence d'un contrat de référencement.³⁵⁴ Cette situation particulière, qui forme l'indivisibilité des contrats formant les différentes phases de l'opération de référencement, situe cette dernière dans une situation qui nous semble spécifique par rapport à la théorie que nous avons exposée des contrats complexes et des groupes de contrats. En effet, si le référencement se rapproche de la définition d'un "*groupe de contrats*", en ce que ses différentes phases sont parfaitement individualisées, concernent des contractants différents mais visent un but commun, elles présentent la particularité de changer individuellement de nature si on ne les analyse pas au regard de l'ensemble contractuel qu'elles composent. Dans ce sens, elles forment un tout indissociable qui les rapprocherait plutôt d'un "*contrat complexe*", solution qui a notre préférence. Le problème de l'existence du référencement, tel qu'il apparaît alors dans cette hypothèse, relève d'une pure question d'interprétation du contrat que l'on cherche à qualifier, et doit suivre les règles propres à cette interprétation.

2) Les limites de la jurisprudence de la Cour de Cassation

158. Si, comme nous venons de le démontrer, il n'est pas logiquement envisageable de voir la structure de regroupement à l'achat - agissant comme commissionnaire - conclure les contrats d'achat/vente - troisième phase de l'opération de référencement - sans que cela entraîne une requalification de l'intégralité de l'opération en contrat de commission, il convient d'identifier les éléments juridiques opérant le basculement d'une opération de référencement en contrat de commission.

En d'autres termes, il convient d'identifier les éléments permettant l'existence d'un lien direct d'achat/vente entre le fournisseur et les membres du regroupement, qui fait la singularité du contrat de référencement. En effet, si la frontière juridique entre le contrat de référencement et le contrat de commission est à présent

³⁵⁴ Cf. **Arrêt de la Cour de Cassation chambre commerciale du 3 janv. 1995** Bulletin 1995 IV N° 5 p. 5. Voir commentaire M. Bernard BOULOC, RTD Com. 1995 p. 641 ; **Arrêt de la Cour de Cassation chambre commerciale du 24 janvier 1995**. (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ;

clairement tracée par la jurisprudence comme étant : " *la possibilité d'une relation directe distributeurs-membres du regroupement à l'achat et fournisseurs pour la conclusion des contrats d'achat/vente*", dans les cas d'espèce, les situations observées sont moins claires. On peut d'abord s'interroger pour savoir si l'organe d'intégration à l'achat peut néanmoins intervenir dans cette transaction, et à quel titre. Si l'on prend comme première hypothèse le cas où il intervient en mandataire, c'est-à-dire en agissant au nom et pour le compte de ses membres, ces derniers seront réputés être les véritables contractants des contrats d'achat/vente conclus.³⁵⁵ Si les parties ont décidé de qualifier ainsi leurs relations, on peut estimer que le mode de réalisation du contrat d'achat/vente ne remet pas en cause la nature de ce dernier, ni celle de l'opération de référencement dans laquelle il s'inscrit. En effet, la qualité de mandants des distributeurs-membres n'exclut pas de considérer qu'ils ont eu une relation directe avec les fournisseurs pour la réalisation des achats. Ce cas de figure suppose, néanmoins, que la structure de regroupement a, auparavant, conclu le contrat de référencement en son nom. Dans le cas contraire, celui où elle aurait conclu le contrat de référencement au nom et pour le compte de ses membres, situation dans laquelle ils n'auraient cessé tout au long de l'opération contractuelle d'être représentés, cela nous ramènerait à la situation étudiée précédemment et l'on pourrait, tout autant, considérer cette qualification en référencement comme étant une fiction masquant mal la réalité d'une situation traditionnelle issue d'un mandat.³⁵⁶ De fait, si l'on prend comme seconde hypothèse dans la même situation que le référenceur intervienne en commissionnaire pour centraliser les ristournes et les commandes, c'est-à-dire en son nom propre mais pour le compte de ses membres, on retombe dans le cas étudié précédemment où la structure de regroupement sera réputée véritablement contractant, avec les conséquences juridiques que nous venons de développer ; c'est-à-dire que l'opération devra être qualifiée de commission.³⁵⁷

159. De la même façon, les pratiques d'une centralisation des commandes et des ristournes par le référenceur au profit de ses membres,

Cour de Cassation Chambre commerciale 20 mai 2003 société Haurine Couste contre société Scapa (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

³⁵⁵Cf. **Mme M-E ANDRE** <<Centrales d'achat : commissionnaires ou mandataires ? >> Cahier de droit de l'entreprise 1986. 3 p 8 et l'arrêt cité : **Cour de Cassation chambre commerciale 12 Nov. 1981** Sopegros contre établissement Gominet et autres. Plus récemment : **Cour d'Appel Paris 1er ch. urg. 5 mai 1993** Sté Hamon et autres contre Sa Barbier... Dalloz sommaires commentés p 80 1995 ; **M. Didier FERRIER** Recueil Dalloz 1997 p. 64. On peut également envisager la situation inverse où la centrale intervient comme mandataire des fournisseurs, avec les mêmes conséquences : " *Dans ce deuxième cas, l'adhérent ayant effectué le paiement des livraisons entre les mains de la centrale et donc du mandataire du fournisseur devrait être considéré comme libéré vis-à-vis de ce dernier.*"

³⁵⁶ Voir, Supra n° 169 et suivant.

généralement assorties d'une centralisation des factures, entraînent certaines difficultés.

Sur ce problème, l'arrêt de la **Cour d'Appel de Versailles du 29 sept 1988** apporte de nouveau un éclairage fondamental.³⁵⁸ La Cour relève, pour exclure la qualification de commission pour l'opération d'approvisionnement en cause, que "*les commandes étaient faites par chaque adhérent, à la seule initiative de celui-ci, notamment pour le choix des articles et leur quantité, et adressées directement au fournisseur concerné que les marchandises leur étaient livrées directement, et que les conditions générales de vente établies par le groupement stipulaient que les factures devaient être établies au nom de l'adhérent.*". Pour la cour, ces circonstances attestent la qualité de contractant des distributeurs membres pour les contrats d'achat/vente d'application et donc, corrélativement, de la qualité de référencement du contrat souscrit. Plusieurs éléments de qualification apparaissent donc :

- l'initiative de la commande directement avec le fournisseur concerné ;
- la facturation du fournisseur directement aux adhérents ;
- le paiement direct de l'adhérent au fournisseur ;
- la livraison directe du fournisseur à l'adhérent.

Or, en cas de centralisation des commandes par le regroupement, le premier critère de qualification disparaît et en cas de centralisation des paiements, ce sont les deuxièmes et troisièmes critères qui peuvent disparaître. Nous avons pu voir également, dans le premier chapitre, que, dans certains cas, les organes d'intégration à l'achat offrent, en annexe au contrat d'affiliation ou de groupement, une centralisation des livraisons assortie d'un entreposage des marchandises, faisant ainsi disparaître le dernier critère.³⁵⁹

Il convient donc d'affiner encore notre analyse des situations créées par les contrats d'approvisionnement, afin de déterminer quels sont les éléments déterminants pour la qualification en référencement.

³⁵⁷ Cf. Développements sous titre : "**2) Une singularité née de l'interdépendance des différentes phases du référencement**".

³⁵⁸ **Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988** semaine juridique Ed générale 1989 II 21190, précité.

³⁵⁹ Cf. Supra : p 36.

§ 2) La reconnaissance d'une opération de référencement

160. Nous avons pu démontrer que le caractère de "contrat complexe" ou de "groupe de contrat" du référencement a été accepté et établi, au moins implicitement, par la juridiction suprême.

De la même façon, sa jurisprudence peut être considérée comme acquise concernant le critère fondamental de distinction de l'opération de référencement d'autres situations contractuelles, par la possibilité d'une relation d'achat/vente directe entre les fournisseurs référencés et les membres du regroupement. Néanmoins, plusieurs problèmes restent encore en suspens concernant cette jurisprudence. Elle peut, en effet, s'interpréter de deux façons :

- La première est d'y voir un rappel de principe de la ligne de démarcation entre le référencement et les autres modes d'approvisionnement. Il conviendrait alors d'affiner cette frontière, par l'étude détaillée des contrats de référencement, afin de déterminer quelles sont les clauses faisant basculer les situations en référencement ou en une autre relation contractuelle.

- La seconde est d'y voir un mode concret d'analyse des contrats, écartant toute autre alternative, dès lors que cette possibilité de rapports directs n'est pas expressément réfutée.

C'est donc la question de la détermination du sens de cette jurisprudence qui formera l'objet de notre (A). L'aboutissement de cette discussion constituant le droit positif applicable dont nous essayerons, alors, de dresser les principes dans notre (B).

A) Les éléments de qualification

161. Le contrat de référencement, comme nous en avons eu un aperçu en étudiant la décision de la **Cour d'Appel de Versailles du 29 septembre 1988**, peut contenir un certain nombre de clauses compliquant l'interprétation de la volonté des parties.³⁶⁰

³⁶⁰ **Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988** semaine juridique Ed générale 1989 II 21190, précité. Cf. Supra : n° 138; n° 159.

Il convient donc de les analyser, pour en mesurer la portée concernant la distinction entre le référencement et les autres techniques d'approvisionnement. Nous verrons que cette portée est inégale. Cependant, en nous basant sur la jurisprudence de la Cour de Cassation, nous pourrions néanmoins déterminer le droit positif applicable au référencement qui conditionnera la suite de notre étude.

1) Plusieurs hypothèses envisageables

162. Pour la Cour d'Appel de Versailles, le problème de la distinction entre le contrat de référencement et le contrat de commission se pose déjà en cas de centralisation des commandes, des factures et des ristournes, indépendamment du problème de livraison qui apparaît donc accessoire : *"Considérant, il est vrai, que ces conditions générales ont été modifiées le 20 octobre 1983 par Cart Expert France qui a invité les fournisseurs à fermer les comptes individuels des adhérents et à lui adresser directement les factures, dont il assurerait le règlement, déduction faite de sa ristourne; qu'il n'en résulte pas cependant une novation par changement de débiteur, mais seulement une modification de la procédure de paiement, assurée désormais par un organisme centralisateur; qu'en effet bien que désormais adressés au groupement, les relevés de factures étaient établis par adhérent, dont ils regroupaient les commandes et auxquels Cart Expert France répercutait l'invitation à payer, en leur adressant un nouveau relevé de facture, cette fois sous son nom et à son bénéfice."*³⁶¹ Certes, concernant la relation étudiée, la cour se refuse à cette qualification en invoquant l'absence de novation : *" Considérant en définitive que si les factures ont été établies dans le dernier semestre d'activité de Cart Expert France au nom et à l'adresse de cet organisme, qui devait les régler par des billets à ordre qu'il signait, il n'en a pas pris pour autant la qualité de commissionnaire, par une novation qui, non acceptée du créancier, ne se présume pas, mais a agi à titre de mandataire de droit commun, éventuellement du croire, et non à titre personnel."* Cette solution pourrait être discutée, puisqu'il semble bien qu'il y ait eu accord tacite des fournisseurs créanciers pour cette novation, en l'espèce, résultant d'actes positifs non équivoques au sens de la jurisprudence de la **Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 19 juillet 1960.**³⁶² En effet, les fournisseurs ont accepté d'adresser leurs factures directement à la centrale d'achat,

³⁶¹ **Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988** semaine juridique Ed générale 1989 II 21190, précité.

³⁶² **Chambre Sociale de la Cour de Cassation de 19 juillet 1960** D 1961 Somm 21 ; Bull. IV n° 796 p 613.

comme l'atteste le fait que, suite à son dépôt de bilan, celle-ci a dû les informer par lettre qu'elle ne réglerait plus personnellement les achats de ses adhérents : *"Considérant aussi bien, que l'absence de novation par rapport à la pratique précédente s'évince de la note adressée aux fournisseurs par Cart Expert France le 4 avril 1984, par laquelle il les avisait de son dépôt de bilan et les informait qu'il cessait désormais son activité de mandataire du croire de ses adhérents, invités à régler directement leurs achats auprès d'eux."* . Quoi qu'il en soit, c'est bien cette objection qui, seule, entraîne que le regroupement soit ici qualifié de mandataire et non de commissionnaire, et permet l'analyse de l'ensemble contractuel en opération de référencement. La conjugaison de ces trois premiers éléments de centralisation des commandes, des factures et des ristournes, apparaît donc, au regard de cette jurisprudence, comme déterminant pour une qualification en contrat de commission.

163. La jurisprudence de la Cour de Cassation est plus extensive pour reconnaître une situation de référencement.

Dans des affaires semblables où étaient pareillement invoquées la centralisation des commandes et des paiements par la structure de référencement, la Cour de Cassation, confirmant des arrêts d'appel, a refusé de voir dans cette structure le véritable cocontractant des contrats d'achat/vente.

- Dans un **Arrêt du 3 janvier 1995**, la Cour d'Appel se contente, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, de constater sans autres précisions, que dans cette opération de référencement concernant l'achat/vente, *"le sociétaire de la centrale... Reste maître du contrat à toutes ses phases et que la Codec centrale d'achat intervient seulement en qualité de centrale de référencement"*, ce qu'approuve la Cour de Cassation. ³⁶³

- Dans une autre affaire, du **24 janvier 1995**, les arguments évoqués par la Cour d'Appel et approuvés par la Cour de Cassation, reposent sur l'initiative de la commande, qui appartient aux distributeurs, et sur la livraison, qui est faite à l'adhérent, auquel est également adressée la facture. ³⁶⁴

- Dans une affaire plus récente du **20 mai 2003**, bien que le requérant dans son pourvoi invoque le nom porté sur les bons de commande et de livraison pour tenter de faire reconnaître la centrale d'achat comme commissionnaire, la Cour de

³⁶³ **Cour de Cassation Chambre commerciale 3 janvier 1995**, Bulletin 1995 IV N° 5 p. 5.

³⁶⁴ **Cour de Cassation Chambre commerciale 24 janvier 1995** BNP contre SASMA. (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

Cassation, reprenant l'argumentation de la Cour d'Appel, se contente d'invoquer le statut de la centrale de référencement pour considérer ses actes comme de simples recouvrements.³⁶⁵

164. Si l'on reprend les quelques éléments de réflexion dont on dispose, ces motifs apparaissent de valeur inégale.

Ainsi, les arguments relatifs au fait que l'initiative de la commande appartienne au distributeur membre, et même que celui-ci "*reste maître du contrat à toutes ses phases*", ne peuvent apparaître comme déterminants ; si tant est que cette réflexion signifie que le pouvoir de réaliser l'opération d'achat/vente lui appartienne. En effet, ces prérogatives sont parfaitement compatibles avec celles découlant de la qualité de commettant, quand le distributeur ne passe pas commande directement auprès des fournisseurs, mais par l'intermédiaire de sa structure d'intégration à l'achat. De fait, le contrat de commission peut présenter une certaine latitude quant à son contenu. Ainsi, on peut distinguer les contrats de commission impératifs et indicatifs, selon la précision des ordres qui sont donnés au commissionnaire.³⁶⁶ L'argument du titulaire du bon de commande et du bénéficiaire de la livraison n'apparaît pas, non plus, déterminant. D'une part, comme on l'a déjà dit, la livraison directe à l'adhérent est parfois inexistante si le regroupement propose un service de centralisation et de gestion des stocks, d'autre part, on peut constater, aussi, qu'il est de pratique courante que des achats effectués par une personne le soient au profit d'une autre à qui ils sont livrés. Cela ne remet nullement en cause la qualité du cocontractant, qui reste celui signant le contrat et au nom de qui est établie la facture. Ce qui nous conduit directement au dernier argument soulevé pour écarter la qualification de commissionnaire : l'existence d'une facture établie par le fournisseur au nom de l'adhérent de la centrale d'achat ou du groupement d'achat. Cela nous conduit également à nous interroger sur les conséquences de la situation inverse, celle de factures établies au nom de cette même structure de regroupement.

2) Un argument sérieux mais inopérant

165. Cet argument est incontestablement le plus sérieux.

³⁶⁵ **Cour de Cassation Chambre commerciale 20 mai 2003** société Haurine Couste contre société Scapa (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

³⁶⁶ **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 121 n° 255 et 256.

En effet, la personne à qui est adressée la facture et qui l'acquitte est, généralement, considérée comme le véritable cocontractant du contrat de vente, même si la commande a été effectuée par une personne tierce ; sous réserve que son acceptation ne soit pas viciée.³⁶⁷ L'établissement d'une facture au nom du distributeur membre du regroupement à l'achat, pour le problème qui nous préoccupe, est surtout incompatible avec la qualité de commissionnaire de son représentant qui doit seul assurer, en son nom propre, toutes les obligations nées du contrat.³⁶⁸ Le fait que l'organe d'intégration à l'achat effectue les paiements en les centralisant n'apparaît donc pas suffisant pour lui donner la qualification de contractant du contrat d'achat/vente en cause. En revanche, l'hypothèse où le même organe d'intégration ferait dresser des factures en son nom représenterait, selon nous, une indication déterminante qu'il agit bien en commissionnaire.³⁶⁹ MM. Fabre et Sales évoquent également la possibilité que, dans les rapports entre l'organe de regroupement à l'achat et ses adhérents, soit prévu l'établissement par les fournisseurs d'une seule facture au nom de ce dernier, cumulée avec une livraison ; l'organe de regroupement étant chargé ensuite d'effectuer les livraisons facturées à ses membres. Ils y voient la manifestation d'un mandat.³⁷⁰ Cette qualification de la situation en mandat, plutôt qu'en contrat de commission, peut étonner. Dans cette hypothèse, tous les critères constitutifs d'un contrat de commission semblent pourtant réunis. Elle ne peut, à notre sens, s'expliquer qu'en raison du fait que les fournisseurs, dans ce cas, ont connaissance des bénéficiaires réels de leurs marchandises. Il y a, en effet, une certaine imprécision jurisprudentielle quant à la portée de la connaissance par ses cocontractants, qu'un commissionnaire agit en réalité pour ses commettants. Le fonctionnement particulier des regroupements à l'achat ajoute encore à la confusion. M.Soria estimait ainsi en 1987 : *"...Le commissionnaire bénéficie du droit de ne pas révéler le nom de son commettant et a en principe l'obligation de ne pas découvrir le nom*

³⁶⁷ Cette présomption existerait notamment en matière fiscale Cf. Intervention de **M. MARMAND** dans <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4, p 10 qui cite un Arrêt SAPAC, de 1966.

³⁶⁸ Cf. **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. p 9 *"...Le problème essentiel est de savoir si la centrale d'achat est << transparente>> ou << opaque>> ; s'il y a livraison par le fournisseur et facturation à la centrale d'achat : la centrale est opaque, le fournisseur ne sait pas exactement à qui vont aller ses marchandises. Si, au contraire, le fournisseur livre et facture directement au fourni, il s'agit d'un mandat."*

³⁶⁹ C'est ce qui motive notre critique de l'arrêt de la **Cour d'Appel de Versailles du 29 septembre 1988** précité, dans lequel une telle situation était soumise à l'appréciation des juges, qui l'écartent en invoquant l'absence d'une acceptation de la novation par le fournisseur créancier, alors même que cette acceptation résultait d'actes non équivoques. On peut voir a contrario, dans cette motivation, une reconnaissance tacite qu'en l'espèce, le regroupement agissait bien en commissionnaire et que, seul le rejet de la novation a interdit d'en tirer les conséquences. **Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988** semaine juridique Ed générale 1989 II 21190. Précité. Voir, nos développements sur cet arrêt p 187 et suivantes.

³⁷⁰ **MM FABRE et SALES** "les regroupements à l'achat " précité p 38 n° 18.

de ce dernier. Il n'en est pas ainsi pour la centrale d'achat, dans la majorité des cas. En effet, le plus souvent, les fournisseurs livrent directement les marchandises aux magasins, ce qui a pour conséquence, à la fois de révéler à ces derniers le nom des fournisseurs et de découvrir le nom des commettants." ³⁷¹ Les caractères particuliers que prendrait la commission pour un regroupement à l'achat peuvent, ainsi, expliquer que MM. Fabre et Sales écartent cette qualification. La jurisprudence semble, néanmoins, s'être posée sur le principe selon lequel la révélation du commettant ne devrait pas avoir de conséquence sur la qualification de commissionnaire, tant que celui-ci manifeste son intention d'agir en son propre nom. ³⁷² Elle est approuvée en cela par la doctrine. ³⁷³ Cela devrait avoir pour conséquence, dans notre hypothèse, de valider ce critère de la facturation comme fondamental dans la distinction que nous essayons d'opérer entre référencement et commission.

166. Cette possibilité de qualification d'un référenceur en commissionnaire, quand il reçoit en son nom la facture des commandes de ses adhérents au fournisseur, se voit néanmoins restreinte pour une toute autre raison. Il s'agit d'une jurisprudence fiscale assimilant à un grossiste, c'est-à-dire réellement propriétaire des marchandises, un regroupement facturé qui assoit sa rémunération sur le chiffre d'affaires de ses membres et non sur le montant de leurs achats auprès des fournisseurs. ³⁷⁴ Or, on a vu que cette assiette de la commission, versée au regroupement par ses membres en guise de rémunération, est une pratique courante liée à des considérations de sécurité commerciale, pour le regroupement. ³⁷⁵ Cette jurisprudence ramène concrètement le débat, sur la possibilité d'une qualification de l'organisme référenceur en commissionnaire, au cas où les affiliés sont des filiales. ³⁷⁶ On peut l'envisager, également, dans l'hypothèse où il s'agit d'un contrat de groupement, ou de manière plus générale, quand existe une sécurité commerciale suffisante pour que le montant de la commission ne soit pas assis sur le chiffre d'affaires mais sur le montant des achats

³⁷¹ **M.SORIA** <<centrales et groupements d'achat>> Encyclopédie Dalloz Commercial p 3 n° 26.

³⁷² **Cour de Cassation chambre commerciale 7 mai 1962** Bull. Civ. III n°240 ; **Cour de Cassation chambre commerciale 15 juin 1963** Bull. Civ. III n° 378.

³⁷³ Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 125 n° 265, qui rappelle, fort justement, que le consentement des parties (qui doit prévaloir dans l'interprétation du contrat) s'est formé sur le contrat de commission.

³⁷⁴ Voir, Intervention de **M. MARMAND** dans <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4, p 10 qui cite un Arrêt SAPAC, de 1966.

³⁷⁵ **M.SORIA** <<centrales et groupements d'achat >> Encyclopédie Dalloz Commercial, p 3 n° 26.

³⁷⁶ **MOUSSERON et autres ...** <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. Intervention de **M.MARMANT**, p 10.

des membres du regroupement auprès des affiliés. Cependant, même dans cette hypothèse d'une facturation directement adressée au regroupement référenceur, resterait encore à prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Cassation dans ***l'arrêt du 22 mars 1994***, reconnaissant l'existence d'un référencement du moment que ne peut être écartée la possibilité d'une relation directe entre les fournisseurs et les membres du regroupement. Cette jurisprudence peut, comme nous l'avons dit précédemment, se concevoir de deux façons :

- soit comme cadre général, dans lequel l'étude des critères de distinction que nous avons menée trouverait tout son intérêt,
- soit comme un principe "brut" d'interprétation, au regard duquel seraient analysées les situations contractuelles présentant, par ailleurs, les caractères d'un référencement.

Même si notre opinion pencherait plutôt vers la première solution, la seconde semble constituer actuellement le droit positif, au regard de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation depuis cet arrêt, dans le sens de la reconnaissance de l'existence d'une telle relation directe ; sous les motifs les plus divers.³⁷⁷

B) Le droit positif

167. L'existence de relations directes entre les fournisseurs référencés et les membres du regroupement, si elle est décelable dans un contrat-cadre d'approvisionnement qualifié alors de "contrat de référencement", constitue donc, d'après la jurisprudence de la ***Cour de Cassation du 22 mars 1994*** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres, à elle seule, le critère minimum mais suffisant pour distinguer une opération de référencement d'un contrat de commission et, peut-on penser, d'un mandat.³⁷⁸

On doit déjà en conclure que, dans la situation où un intermédiaire est missionné

³⁷⁷ ***Cour de Cassation Chambre commerciale 3 janvier 1995*** (Bulletin 1995 IV N° 5 p.5) ; ***Cour de Cassation Chambre commerciale 24 janvier 1995 BNP contre SASMA***. (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; ***Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1996*** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; ***Cour de Cassation Chambre commerciale 17 février 1998*** (4 Arrêts disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; ***Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mars 2000*** (3 Arrêts inédits, disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; ***Cour de Cassation Chambre commerciale 20 mai 2003 société Haurine Couste contre société Scapa*** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

par un acheteur en vue de la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement, la situation est susceptible de basculer selon le contenu de ce contrat-cadre, en contrat de référencement ou de commission. Il ne s'agit plus, dans ce cas, que d'un problème classique d'interprétation de la volonté des parties, pour savoir si elles entendaient ou non prévoir cette possibilité dans le contrat. Les principes gouvernant l'interprétation des conventions ont été posés de longue date par la jurisprudence. Ils reposent sur un pouvoir souverain d'appréciation de la volonté des cocontractants par les juges du fond, sous réserve de la dénaturation des termes clairs du contrat. L'intervention du juge ne peut donc se concevoir qu'en cas d'absence de volonté clairement exprimée, ou de contradiction absolue entre les clauses de ce contrat.³⁷⁹ Cependant, cette règle d'interprétation permettant la distinction d'une opération de référencement d'un contrat de commission, se voit compliquée par la nature de contrat complexe de l'opération de référencement, et au regard de nos conclusions précédentes, on peut estimer que ces mêmes problèmes d'interprétation se posent par rapport à une qualification éventuelle en mandat.

1) La distinction des situations nées d'un contrat de commission

168. La question de la distinction d'une opération de référencement d'un contrat de commission peut se poser, concrètement, dans certains cas litigieux.

Il s'agit des hypothèses précédemment évoquées, dans lesquelles, alors même que l'on se trouve dans le cadre d'une situation tripartite présentant, soit explicitement, soit implicitement, les caractères d'une opération de référencement ou de commission, la structure d'intermédiation ne se contente pas de conclure en son nom et pour le compte de ses membres un contrat que l'on doit qualifier alors de "contrat-cadre d'approvisionnement", mais joue également le rôle d'intermédiaire, lors de la troisième phase de l'opération que sont les opérations d'achat/vente. Au regard de la jurisprudence précédemment étudiée, il convient de distinguer trois hypothèses :

- Première hypothèse : le contrat-cadre passé entre structure de regroupement référenceur et fournisseurs référencés, prévoit expressément la

³⁷⁸ Voir, nos conclusions sous le titre : **"2) Un critère général de reconnaissance du référencement ?"** p 164.

possibilité d'un rapport direct entre les fournisseurs et les membres du regroupement à l'achat, pour la conclusion des contrats de vente qui en découlent.

Dans ce cas, soit le contrat était déjà qualifié de référencement et il n'y aura donc aucun problème d'interprétation, soit il ne l'était pas ou l'était différemment, mais les caractères cumulatifs de reconnaissance de ce dernier étant constitués c'est ainsi qu'il devra être qualifié par le juge. En effet, celui-ci n'est pas tenu par la qualification des parties et reste libre d'interpréter le contrat.³⁸⁰

- Deuxième hypothèse : cette possibilité de rapports directs est expressément exclue.

Dans ce cas, si l'opération était qualifiée de référencement par les parties, il y aura contradiction avec les termes du contrat-cadre. Rien ne s'opposera, cependant, à concevoir l'ensemble de l'opération juridique comme un contrat de commission.

En effet, faute que le contrat-cadre d'approvisionnement entre le regroupement à l'achat et les fournisseurs puisse s'analyser en contrat de référencement, l'unique possibilité de qualification résidera dans l'interprétation du contrat antérieur – le contrat d'intermédiation – comme donnant, en fin de compte, mission à la structure d'intégration à l'achat d'agir en commissionnaire. Le juge cette fois requalifiera, de fait, le contrat d'intermédiation pour donner un sens à l'économie du contrat complexe. Cette situation "inconfortable" est une explication supplémentaire aux réticences précédemment soulignées, de la Cour de Cassation, à ne pas qualifier en commission le contrat-cadre, quand la volonté manifeste des contractants du contrat d'affiliation ou de groupement est de réaliser une opération de référencement. Réticences, dont la jurisprudence très extensive de la **Cour de Cassation du 22 mars 1994** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres est l'expression.³⁸¹

- Troisième hypothèse : aucune disposition du contrat ne prévoit la possibilité d'un rapport direct, mais aucune ne l'exclut non plus.

Cette situation pose un problème au regard des principes généraux d'interprétation des contrats que nous avons rappelés en préambule. En effet, la volonté exprimée par les parties dans le choix de la qualification des relations juridiques doit s'appliquer. Cependant, ce contrat s'insérant dans le cadre d'une opération de

³⁷⁹ **Cour de Cassation Chambre Civile, 15 avril 1872** D.P 1872, 1, 176.

³⁸⁰ Voir en ce sens : **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations >> Précis DALLOZ 9^{ème} édition p 496 n° 444 : " *Lorsqu'ils procèdent à la qualification du contrat, les juges ne sont pas liés par la dénomination que lui ont données les parties. S'ils constatent que celle-ci ne rend pas compte de l'économie réelle de l'accord, il peuvent <<requalifier>> le contrat, afin de le soumettre au régime juridique qui lui est effectivement applicable.*".

référencement ou de commission, on doit également le considérer comme étant l'un des volets d'un contrat complexe, et l'analyser au regard de son contexte juridique.³⁸² Cela ouvre trois possibilités d'interprétation :

- Soit, les parties ont qualifié de référencement le contrat-cadre et/ou l'opération issue des contrats d'affiliation ou de groupement d'opération de référencement, et de ce fait, on peut considérer au regard de la jurisprudence de la **Cour de Cassation du 22 mars 1994**, qu'elles ont indiqué clairement leur volonté de laisser la faculté de relations directes. Dans ce cas, la qualification de la situation en contrat de commission sera écartée, et confirmée celle donnée par les parties.

- Soit, les parties ont qualifié de commission le contrat d'intermédiation, et/ou manifesté clairement que le contrat-cadre n'était qu'un contrat d'application de ce contrat de commission préalable. Dans ce cas, la qualification de la situation en contrat de commission devra être pareillement entérinée, excluant toute possibilité de relations directes d'achat/vente entre fournisseurs et distributeurs membres du regroupement à l'achat.

- Soit, les parties ne se sont pas exprimées sur la qualification du contrat d'intermédiation et du contrat-cadre, ou ces qualifications sont contradictoires. La solution résidera alors, une fois de plus, dans la **jurisprudence du 22 mars 1994** et l'étude de ce contrat-cadre. En effet, si l'on se base sur cette jurisprudence, en l'absence de qualification claire des parties, s'il n'y a pas impossibilité de rapport direct, c'est la qualification de contrat de référencement qui doit être adoptée.

2) La distinction des situations nées d'un mandat

169. On peut se demander si les différentes situations que nous avons envisagées, pour opérer la distinction entre la relation née d'un contrat de commission et celle issue d'une opération de référencement, sont transposables quand le regroupement référenceur agit en mandataire de ses membres pour la conclusion du contrat-cadre d'approvisionnement avec les fournisseurs.

En effet, on a vu précédemment que cette situation pouvait poser les mêmes questions quant à l'importance du mode de conclusion des contrats d'achat/vente,

³⁸¹ Cf. Supra : n° 152.

³⁸² Cf. Supra : n° 155.

en application du contrat-cadre.³⁸³ Prenons l'hypothèse où un regroupement à l'achat, agissant en mandataire de ses membres, conclut, avec des fournisseurs qu'il aura référencés un contrat qualifié de "contrat de référencement". Si ce contrat écarte la possibilité, pour les fournisseurs et les membres du regroupement à l'achat, d'avoir entre eux des relations d'achat/vente directes sans passer par l'intermédiaire de ce même regroupement agissant de nouveau comme mandataire, on peut, alors, se poser la question de l'opportunité du maintien, pour la convention conclue, de la qualification de "contrat de référencement". Parallèlement, on peut également s'interroger sur la qualification en "opération de référencement" de l'ensemble contractuel dans lequel ce contrat s'inscrit. En effet, dans cette hypothèse, l'organisme référenceur n'ayant agi tout au long de l'opération qu'en mandataire de ses membres, les éléments constitutifs du référencement sont absents et la seule réalité contractuelle c'est, précisément, le mandat. Cette hypothèse, où la structure d'intégration à l'achat agirait en mandataire pour la conclusion du contrat-cadre, pour être moins courante, n'est cependant pas exclue, elle se rencontre dans le référencement qualifié de "fermé". La jurisprudence de la Cour de Cassation axant le changement de qualification sur la possibilité, ou l'impossibilité, d'une relation directe entre fournisseurs référencés et membres de la structure d'intégration à l'achat, aura donc également vocation à s'appliquer, ici, dans des termes semblables à ceux de la distinction de l'opération de référencement du contrat de commission. Cela signifie, qu'à moins que les contractants du contrat-cadre aient entendu écarter expressément cette possibilité d'une relation directe, elle sera présumée - quelle que soit la qualification par ailleurs donnée par les parties au contrat-cadre - s'il s'inscrit dans un ensemble contractuel indivisible par lequel elles entendent, par hypothèse, réaliser une opération de référencement.

170. Les situations pratiques seront donc proches de celles étudiées dans le cadre d'un contrat de commission, à ceci près qu'il faut tenir compte du mode de conclusion du contrat-cadre.

- Première hypothèse : la structure de regroupement référenceur agit en mandataire de ses membres pour conclure le contrat-cadre avec les fournisseurs référencés, mais ce dernier est qualifié de contrat de référencement.

- Soit, le contrat-cadre prévoit expressément la possibilité d'un rapport direct ; dans ce cas le contenu du contrat conforte sa qualification de contrat de

³⁸³ Cf. Supra : n° 158.

LE REFERENCEMENT

référencement, il n'y a donc aucun problème d'interprétation.

- Soit, aucune disposition du contrat ne prévoit la possibilité d'un rapport direct, mais aucune ne l'exclut non plus ; on devra alors considérer que la volonté exprimée par le choix de la qualification des relations juridiques doit s'appliquer, et le régime du référencement prévoyant cette faculté, considérer qu'elle existe.

- Soit, au contraire, cette possibilité de rapports directs est expressément exclue, ou est exclue par la teneur du contrat ; dans ce cas, il y a contradiction entre la volonté clairement exprimée des parties et la qualification qu'ils ont donnée au contrat, et le juge devra être libre de requalifier l'ensemble de l'opération en mandat.

- Deuxième hypothèse : le contrat-cadre passé entre le référenceur mandataire et les fournisseurs référencés n'est pas qualifié par les parties signataires.

- Soit, les termes du contrat-cadre passé entre le fournisseur et le regroupement prévoient expressément la possibilité d'existence d'une relation directe ; dans ce cas, même en l'absence d'une qualification de ce contrat par les parties en contrat de référencement, les caractères cumulatifs de reconnaissance de ce dernier étant constitués, c'est ainsi qu'il devra être qualifié par le juge.

- Soit, le contrat-cadre est muet sur cette possibilité, mais ses dispositions laissent ouverte l'option ; dans ce cas l'existence du contrat de référencement devra de nouveau être reconnue.

- Soit, enfin, le contrat-cadre écarte expressément cette possibilité de rapport direct, ou ses dispositions ne laissent aucun doute concernant la volonté des contractants d'écartier cette possibilité ; on se retrouvera, alors, dans la même situation que précédemment : celle d'une contradiction flagrante entre le contrat d'intermédiation et le contrat-cadre d'approvisionnement. Ce dernier ne pouvant s'analyser en contrat de référencement, il faudra interpréter le contrat d'affiliation, ou de groupement, comme donnant un mandat général d'approvisionnement à l'organe d'intégration à l'achat.

Conclusion du chapitre 1

171. Dans ce premier chapitre consacré à la nature sui generis du référencement, nous sommes partis d'un constat : celui du caractère polymorphe de cette relation contractuelle et de sa faculté à être assimilée à d'autres contrats d'intermédiation préexistants ; particularités qui avaient amené certains auteurs à poser la question de la réalité de son existence, et d'autres, par réaction, à restreindre sa définition.

Notre travail, de ce fait, a prioritairement consisté à distinguer cette relation des autres contrats utilisés dans le monde de la distribution, afin de la définir avec précision. En nous basant sur la jurisprudence, nous avons donc, successivement, passé en revue toutes les hypothèses d'assimilations envisagées, pour les réfuter une à une. Cette approche nous a permis d'affiner progressivement notre définition, et de déterminer, au bout du compte, l'élément fondamental faisant la distinction avec les contrats d'intermédiation les plus proches que sont : le contrat de commission, le mandat et le courtage. Cet élément consiste en la conclusion, par la structure de regroupement référenceur, d'un contrat-cadre d'approvisionnement prévoyant, obligatoirement, la possibilité de relations d'achat/vente directes entre ses membres et les fournisseurs. Cependant, outre que le contrat de référencement au sens strict pouvait s'assimiler à d'autres contrats d'intermédiation, l'opération contractuelle de référencement dans laquelle il s'insérait pouvait, également, s'interpréter en ces mêmes contrats. Il est donc apparu que l'un des éléments fondamentaux de la définition du référencement, consiste en ce que ses trois phases forment un tout indissociable et interagissent entre-elles quant à son analyse ; ce qui caractérise un contrat complexe. Cette distinction des autres contrats pouvant se révéler parfois subtile, nous a amené à tenter de dresser un schéma concret de l'état du droit positif en la matière. Il en ressort que, même si la jurisprudence de la Cour de Cassation est assez extensive quant à la reconnaissance d'un référencement, certaines opérations ainsi qualifiées, a priori, doivent, dans quelques rares cas, s'analyser comme étant en réalité des opérations de commission ou de mandat. A la question posée "*l'opération de référencement existe-t-elle ?*", il faut néanmoins répondre à ce stade de notre réflexion par l'affirmative. A la question de Mme Sélinsky "*Le contrat de référencement existe-t-il?*", il convient d'apporter la même réponse. La réponse à ces deux questions consacre le référencement comme relation contractuelle sui generis.

Ce premier point étant acquis, il convient à présent de se pencher sur la seconde étape naturelle de l'étude de cette relation contractuelle, celle du régime juridique qui lui est applicable.

Chapitre II : Une indifférence de la cause qualifiant les contrats de référencement

Introduction

172. Après avoir démontré que le référencement est une relation contractuelle élaborée par la pratique commerciale en aboutissement d'un long processus d'intégration à l'achat,

- après avoir démontré que ni le référencement, ni le contrat de référencement, ni l'opération dans laquelle ils s'insèrent ne peuvent se ramener à une situation contractuelle connue et doivent, de ce fait, être qualifiés de *sui generis*,

- après avoir démontré que son objet porte sur la conclusion d'un contrat de référencement, convention qui se caractérise par sa qualité de contrat complexe, indissociable du contrat d'intermédiation qui le prévoit, avec lequel il forme l'ensemble contractuel qu'est l'opération de référencement,

- il convient, à présent, de s'interroger sur le régime juridique de la relation ainsi décrite.

Cette recherche ne peut s'effectuer que de deux façons :

- soit, elle peut s'opérer par le rattachement de cette situation à un régime juridique préexistant,

- soit, en l'absence de repères juridiques auxquels rattacher cette relation, elle peut consister en l'action prétorienne des tribunaux, dégageant progressivement des situations qui lui sont soumises, un corpus de règles communément applicables à cette nouvelle catégorie de contrats.

Des quatre premières décisions que nous avons citées comme consacrant la reconnaissance jurisprudentielle du contrat de référencement, aucune ne se prononce sur sa qualification. Ces décisions se contentent de tirer les conséquences juridiques de la situation contractuelle qui leur est présentée, en confortant, de ce fait, la reconnaissance du référencement en "contrat *sui generis*".³⁸⁴ La jurisprudence aurait pu poursuivre dans sa voie première, en consacrant, comme semblait l'y inviter Mme Sélinsky, l'existence de ce nouveau contrat nanti

d'obligations spécifiques ; obligations qu'elle aurait alors, progressivement, dégagées.³⁸⁵ Pourtant, suivant en cela la majorité des auteurs, la jurisprudence s'est, en fin de compte, rapidement engagée dans une recherche des relations entre le référencement et d'autres schémas contractuels existants. La recherche d'une qualification au contrat de référencement est donc, comme le fut sa reconnaissance, d'origine doctrinale.³⁸⁶ Nous avons déjà pu dire que l'on pouvait distinguer deux écoles dans l'approche du phénomène juridique observé. Cette dualité d'approche se retrouve dans la démarche qualificative doctrinale.

- La première, constatant la diversité des situations pouvant naître de cette relation, l'intègre dans tel ou tel schéma juridique préexistant, en fonction de ses manifestations.
- La seconde tendra, au contraire, à le ramener à une qualification unique.

Cette dualité d'approche constitue une articulation naturelle au nouveau chapitre qu'il nous faut à présent aborder, relatif à l'étude du régime juridique applicable au référencement.

Nous distinguerons donc, d'abord, les différentes hypothèses auxquelles a pu donner lieu le référencement (Section 1), avant de nous appliquer à l'étude particulière du courtage (Section 2). En effet, si l'on excepte quelques anciennes tentatives, c'est essentiellement dans l'analyse en courtage du référencement que se retrouvent les partisans d'une qualification unique, solution qui apparaît aujourd'hui majoritaire.

³⁸⁴ Cf. Supra : n° 35.

³⁸⁵ **Mme SELINSKY**: <<Le contrat de référencement existe-t-il ?>> Commentaire sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, 13^e Chambre, 16 décembre 1987, Sté Sole France C/S.G.C.C. P.A 8 avril 1988 n° 43 p 6 : *"Toutefois, il ne suffit pas de déclarer être en présence d'une nouvelle catégorie juridique sui generis, il faut en préciser les conséquences du point de vue du régime juridique."* **Mme SELINSKY** Chronique de droit de la distribution, petites affiches n°118 30 septembre 1968 p 9. Commentaires sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Colmar du 15 juillet 1988 inédit : *"Il serait bon alors, de prendre en considération l'aspect économique du problème sans pour autant abandonner les principes juridiques : mais cela suppose évidemment de reconnaître la spécificité du contrat de référencement au lieu d'essayer de le couler à tout prix dans un moule juridique qui ne lui convient pas."*

³⁸⁶ Cf. **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX " : *" La qualification des relations issues du référencement est essentielle pour déterminer les droits et obligations de chacun des trois partenaires économiques concernés, à savoir, le fournisseur, la centrale et le distributeur. La qualification est également un préalable indispensable pour traiter les flux financiers en terme de créancier et de débiteur, pour l'application des règles fiscales et de facturation, pour déterminer encore si les pratiques commerciales et financières qui en sont le support, sont licites ou non."*

Section I : Une pluralité de qualifications en réponse à une variabilité de cause

173. Si la démarche relative à la recherche du régime juridique applicable au référencement consiste, concrètement, en un rapprochement avec des techniques d'intermédiation préexistantes, on peut néanmoins estimer, comme il a été démontré dans notre précédent chapitre, qu'en raison de sa singularité comme relation juridique, le terme de "qualification" appliqué au référencement, apparaît assez impropre.

Il ne peut s'agir, à proprement parler, d'une recherche de qualification du référencement, mais seulement d'une étude fonctionnelle du référencement, au sens étymologique du terme.³⁸⁷ En effet, ce qui fait la particularité du référencement et sa nature sui generis c'est, précisément, de ne pouvoir se rapporter à un régime juridique préexistant. Cette particularité est liée à sa nature de contrat complexe, dans lequel les différentes phases qui le composent interagissent entre-elles. Néanmoins, par commodité, nous continuerons à employer ce vocable de "qualification". Cependant, si dans sa globalité il n'existe pas de contrat pouvant rendre compte du référencement, en revanche, les schémas juridiques du référencement ne sont pas intégralement nouveaux ; ils empruntent aux régimes d'autres contrats de la distribution. Le référencement peut, ainsi, s'apparenter à tel ou tel contrat connu, présentant certaines particularités qui font son originalité. Parallèlement, cette relation dont nous avons largement souligné le caractère polymorphe, entraîne des modifications suffisantes de son régime juridique pour qu'un premier rapprochement opéré entre un mode de référencement et un contrat préexistant, se révèle totalement incohérent pour un autre. En conséquence, au même titre qu'il ne peut être question de parler de qualification du référencement, mais seulement de détermination d'une solution fonctionnelle au référencement, cette solution fonctionnelle ne saurait être unique. On doit, donc, plutôt parler d'alternatives fonctionnelles ; ces alternatives fonctionnelles s'expriment dans la pluralité des contrats de référencement

³⁸⁷ **Dictionnaire LE ROBERT** : "*Fonctionnel* : adjectif (de fonction). Relatif aux fonctions en biologie, en psychologie et en chimie.". Le 1^{er} sens de l'adjectif "fonctionnel" est, donc, d'ordre scientifique et correspond à l'étude des fonctions d'un organe et de son interaction avec son environnement. On peut légitimement penser, de ce fait, une fois posé le postulat qu'il s'agit d'une situation sui generis licite au regard de l'ordre public, que la méthode qui consiste à rapprocher le référencement et l'opération de référencement de situations juridiques connues ne constitue pas une démarche qualificative, mais purement descriptive. Démarche, qui consiste moins à faire rentrer le phénomène décrit dans un schéma juridique impératif prédéfini, qu'à tenir compte de son propre schéma fonctionnel pour y adapter le corpus des règles connues qui constituent l'environnement dans lequel il devra évoluer. En cela cette démarche mérite d'être décrite comme étant fonctionnelle, par analogie aux autres démarches scientifiques à l'origine de cette définition.

LE REFERENCEMENT

observables. La diversité constatée ne pouvant provenir de l'objet de ces contrats, puisqu'il leur est commun et fonde tant leur singularité que leur unité comme contrat de référencement, c'est donc nécessairement dans une diversité de leur cause que se trouve leur particularité ou, plus exactement, dans une variabilité de leur cause, autour de la constante que représente la contrepartie aux engagements des fournisseurs. Cette recherche d'une solution fonctionnelle au référencement, commencée de longue date par la doctrine et la jurisprudence, a débouché sur un certain nombre d'alternatives. Toutes tendent à rendre compte des différentes mutations observables du référencement. Parmi ces alternatives, on peut opérer une distinction fondamentale entre celles dont la cause est indifférente aux engagements de la structure de regroupement (§1), et au contraire, celles dont la cause repose sur un engagement de cette structure (§2). C'est sur cette distinction que sera basée notre analyse.

§ 1) Les alternatives fonctionnelles étrangères aux engagements du référencéur

174. Au même titre qu'a pu être observée une pluralité des cas de référencement, ce qui a entraîné la distinction entre référencements ouverts, semi-ouverts, semi-fermés et fermés, a répondu une tentative de qualification par la doctrine des situations ainsi classifiées, en différents modes d'intermédiation connus.

Les hypothèses qu'il nous faut à présent étudier, sont celles qui ont en commun de permettre une analyse fonctionnelle du référencement indépendamment de l'action de la structure de regroupement. Cela ne signifie pas, pour autant, que cette action soit oubliée. En effet, ces hypothèses ne peuvent être valides que si elles sont en mesure de l'intégrer. Néanmoins, elles se distinguent des situations dans lesquelles l'action de la structure de regroupement est déterminante pour cette analyse fonctionnelle du référencement, c'est-à-dire, quand le contrat de référencement trouve, précisément, sa cause dans cette action. Pour chacune de ces interprétations, c'est donc la variabilité de la cause du contrat de référencement qui sera l'élément de qualification essentiel. Sont ainsi concernés par cette première analyse les référencements ouverts et semi-ouverts, qui en l'absence d'engagements de la part du regroupement à l'achat et de ses membres, doivent nécessairement être analysés en un engagement unilatéral des fournisseurs référencés (A). Sont également concernés les référencements fermés, qui en présence de relations réciproques en terme de promesse de vente et d'achat de la part des fournisseurs référencés et des distributeurs membres, doivent nécessairement être analysés en un contrat synallagmatique entre distributeurs et fournisseurs (B).

A) Un engagement unilatéral des fournisseurs référencés

175. Les référencements ouverts et semi-ouverts correspondent aux formes minimales d'engagements qui permettent de parler de contrat de référencement.

A ces formes épurées de référencement, la doctrine a logiquement répondu, dans sa tentative de qualification, par la formule minimale d'engagement qu'est le contrat unilatéral. Comme nous l'avons vu, BURST fut le premier à proposer de voir

dans le référencement une promesse unilatérale de vente quand ce n'est que sur les fournisseurs que pèsent les obligations issues de ce contrat.³⁸⁸ Cette analyse, on le sait, a été reprise par d'autres auteurs et c'est également à cette conclusion que nous nous sommes rendus, dans notre étude du référencement semi-ouvert.³⁸⁹ Néanmoins, la justesse de cette solution, consistant à voir dans le référencement un engagement unilatéral, a également été critiquée. Il convient, donc, de revenir sur cette question.

1) Une analyse nécessaire pour certains cas de référencement

176. La principale critique directe ayant été formulée contre cette analyse émane, logiquement, de Mme André, qui ne conçoit le référencement que comme un contrat synallagmatique.

Elle conteste sa validité pour indéterminabilité de son objet et du prix, au motif qu'une telle promesse porterait, concrètement, sur un barème d'avantages ce qui écarterait, généralement, la possibilité de déterminer les quantités de marchandises concernées par l'accord, ainsi que les prix auxquels seraient affectés ces avantages qui pourraient, également, varier.³⁹⁰ Si l'on s'attache à cette critique sur l'imprécision de l'engagement unilatéral, on peut remarquer, en premier lieu, qu'elle a considérablement perdu de sa portée avec l'évolution récente de la jurisprudence sur le problème de la déterminabilité de l'objet et du prix dans les contrats-cadres d'approvisionnement.³⁹¹ Néanmoins, en second lieu, on doit également remarquer qu'elle se rapproche d'autres critiques indirectes, telles que le constat parallèle que M. Bernard avait fait de l'absence d'engagement des parties lors de certaines opérations.³⁹² Constat repris par MM. FABRE et SALES, quand ils observent que le référenceur n'est pas obligatoirement en mesure d'assurer aux fournisseurs qu'une certaine quantité de marchandise sera commandée par le détaillant.³⁹³

³⁸⁸ Cf. n° 69.

³⁸⁹ Cf. n° 69.

³⁹⁰ **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> p 213 n° 420.

³⁹¹ Voir, les quatre arrêts de l'**Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 1er décembre 1995**, Bulletin 1995 A. P. N° 7 p. 13 ; A. P. N° 7 p. 13 ; A. P. N° 8 p. 15 ; A. P. N° 9 p. 16.

³⁹² **M. BERNARD** Thèse citée : n° 277 in fine.

³⁹³ **MM. FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 42 n° 30 : "...Au stade du référencement, ni les uns ni les autres ne s'engagent à des résultats précis".

177. Ces différentes remarques sous-tendent deux problèmes distincts :

- Le premier est relatif à l'absence d'engagement ferme du fournisseur sur la chose et le prix, qui ne saurait permettre de caractériser une promesse unilatérale de vente.

Sur ce premier point, on peut comprendre ces remarques dans le contexte contractuel que nous avons précédemment analysé, et que MM. FABRE et SALES ont qualifié de "Référencement ouvert", c'est-à-dire en cas d'absence d'engagement ferme en terme d'achat/vente, aussi bien de la part des fournisseurs que des distributeurs. Cependant, leur pertinence s'arrête à ce genre du référencement ouvert, ce qui limite déjà leur portée. En effet, ces remarques cessent déjà d'être valables dans la situation que nous avons qualifiée de "référencement semi-ouvert", pour laquelle il n'y a aucune souplesse quant à la situation des fournisseurs référencés, qui devront obligatoirement maintenir leurs conditions générales de vente pour la durée du référencement et réaliser les ventes nées de leur acceptation. Il s'agira bien, ici, d'un engagement ferme de vente dont les bénéficiaires pourront exiger la réalisation. La souplesse dans la situation analysée sera, alors, exclusivement l'apanage des bénéficiaires de cette promesse, libres de contracter ou de ne pas contracter et se manifestera, essentiellement, dans une renégociation des conditions générales de vente, par les distributeurs, en vue de l'obtention d'avantages supplémentaires spécifiques. Or, même dans ce genre du référencement semi-ouvert, en l'absence d'obligations réciproques aux engagements du fournisseur, la qualification en promesse unilatérale de vente reste la seule possible.

- Le second problème est plus insidieux, car ces remarques pourraient également signifier qu'en l'absence de contrat unilatéral, la situation doit être analysée seulement comme une offre, ce qui serait en contradiction totale avec notre analyse du référencement qu'il nous faut, ici, rappeler.

Au premier abord la critique apparaît fondée, au moins pour la situation juridique à laquelle nous venons de faire référence du "Référencement ouvert", dont la souplesse de fonctionnement semble, a priori, incompatible avec une promesse unilatérale de vente. Cependant, même dans cette hypothèse, nous avons souligné précédemment les éléments qui semblent distinguer cette relation commerciale, de simples pourparlers débouchant sur une offre. Nous en avons conclu que, si les conditions de vente proposées par les fournisseurs référencés peuvent juridiquement s'assimiler à une offre, en revanche, la situation doit être analysée en un

accord portant sur la production d'une offre.³⁹⁴ Nous avons donc proposé d'y voir une offre négociée, c'est-à-dire, une manifestation consensuelle, justifiant l'appellation de contrat pour la totalité de l'opération, mais n'entraînant que l'obligation de produire une offre d'un contenu déterminé à un public déterminé. Il y a donc contrat, et en l'absence d'obligation réciproque à ce contrat - le fournisseur étant le seul à s'obliger - la qualification en contrat unilatéral apparaît la seule envisageable. Cette position nécessite d'être précisée.

2) Une analyse unique recouvrant plusieurs alternatives fonctionnelles

178. La notion de contrat unilatéral nécessite un échange de consentements.³⁹⁵

Dans les hypothèses où le référencement peut être analysé en un contrat unilatéral, on peut estimer que cet échange de consentements existe effectivement entre les fournisseurs référencés et le regroupement référenceur. En effet, le fournisseur va s'engager à produire l'offre ou la promesse de vente, selon qu'il s'agisse d'un référencement ouvert ou semi-ouvert, et le référenceur qui a négocié va accepter le bénéfice de cette offre ou de cette promesse de vente au profit de ses membres. On peut, toutefois, se demander à quel titre l'organe de regroupement va accepter cette promesse ou cette offre : en son propre nom ou au nom de ses membres ?

- La première idée qui vient à l'esprit, compte tenu de la fonction principale de la structure de regroupement à l'achat - dont nous avons vu qu'elle est de trouver des conditions de vente au profit de ses adhérents - est de considérer que l'acceptation de cette offre, ou promesse, sera faite au nom de ses membres. Dans ces conditions, si le regroupement accepte l'offre ou la promesse de vente, il devra nécessairement, en raison du principe de l'effet relatif des conventions posé par l'**article 1165 du Code civil**, être déclaré mandataire.

- La seconde option compatible avec cette analyse du référencement en contrat unilatéral, serait que la structure de regroupement référenceur agisse en

³⁹⁴ Cf. Supra : n° 66 et 67.

³⁹⁵ **Article 1103 du Code civil** "le contrat est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait engagement". **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3^{ème} édition p 14 n° 15 ; **MM.TERRE, SIMLER et LEQUETTE** << Les obligations >> Précis DALLOZ 11^{ème} édition p 83 n° 64.

courtier.³⁹⁶

- Enfin, la troisième solution consisterait en ce que la structure l'accepte en son nom propre, mais dans ce cas, cela nécessiterait qu'elle stipule au profit de ses membres.

Cette dernière option remet-elle nécessairement en cause la qualification du référencement en contrat unilatéral ? On peut penser que non. En effet, si l'on suit jusqu'au bout la théorie civiliste de l'engagement unilatéral, s'agissant d'un véritable contrat, celui-ci devra faire l'objet d'un consentement du cocontractant de celui qui s'oblige, même si ce dernier ne s'engage en retour à aucune obligation ; ce qui, précisément, caractérise ce contrat. Or, selon cette théorie, rien ne nécessite que le cocontractant soit le bénéficiaire de l'engagement unilatéral. Dans l'hypothèse étudiée d'un référencement ouvert, ou semi-ouvert, il n'y a pas d'obligations de la part de l'organisme référenceur en retour des obligations de production et de maintien de son offre, ou de production et de maintien de sa promesse de vente, pesant sur le fournisseur référencé. Le consentement aux obligations que le fournisseur référencé accepte unilatéralement de souscrire, peut donc être le fait de la structure de regroupement référenceur agissant en son nom propre, sans que cela ait d'influence sur la qualification du contrat. Dans cette hypothèse, se trouveraient néanmoins réunies les conditions d'une stipulation pour autrui, car le contrat unilatéral accepté par le regroupement, le serait au profit de ses membres. Le contrat de référencement devrait, dans ce cas, s'apprécier comme un contrat unilatéral assorti d'une stipulation pour autrui.

179. Ce principe étant posé, cette alternative fonctionnelle suscite encore quelques remarques.

En effet, ce contrat unilatéral assorti d'une stipulation pour autrui, sera nécessairement conclu par l'organe d'intégration en vertu d'un contrat d'intermédiation passé avec ses membres, contrat dont la nature restera à déterminer.³⁹⁷ Néanmoins, quel que soit le contrat d'affiliation ou de groupement nécessaire à la réalisation de ce contrat unilatéral, l'étude de cette relation ne rentrera nullement en compte dans l'appréciation de la qualification du contrat de référencement, qu'elle a rendue possible, mais qu'elle ne constitue pas. Pour qualifier les relations issues d'un contrat de référencement, il suffit de s'en tenir à

³⁹⁶ Cf. **M.BERNARD** Thèse citée : p 244 n° 272. Voir également : Supra n° 205 Nous reviendrons ultérieurement sur cette option dans l'étude consacrée au courtage.

³⁹⁷ Il conviendra de voir ces questions quand nous aborderons l'hypothèse de la qualification du référencement en stipulation pour autrui, dans laquelle le problème de la formule d'intermédiation

l'observation de la situation juridique telle qu'elle apparaît au stade de ce contrat, et non en amont de ce dernier. Indépendamment, donc, des situations générées par le contrat d'intermédiation. On constate, alors, que même dans le cas du référencement ouvert étudié à présent, il y a une certaine obligation pesant sur le référencé : celle de produire une offre. La production de cette offre étant la finalité de la négociation engagée entre le regroupement à l'achat et les fournisseurs, il y a donc bien accord de volonté quant à sa production. Celle-ci bénéficiant directement à ses membres, les caractères d'un contrat de référencement sont, effectivement, constitués. Enfin, la cause de cette obligation ne se trouvant ni, dans une quelconque obligation pesant sur le référenceur ni, dans celle de ses membres, il s'agit, nécessairement, d'un engagement unilatéral. A défaut d'autres relations pouvant influencer sur la qualification du référencement, la seule réalité juridique observable est donc, précisément, cet engagement unilatéral qui fournira la solution fonctionnelle de cette relation. Toutefois, si une telle réciprocité venait à être constatée dans le contrat souscrit, comme c'est le cas pour le référencement fermé par l'engagement des distributeurs membres à une certaine obligation d'achat, cette analyse n'aurait plus de raison d'être. Il en serait, de même, si cette réciprocité dans les obligations ne concernait pas les destinataires de l'offre mais l'organisme intermédiaire, comme cela est le cas pour la majeure partie des contrats modernes. Dans ces deux hypothèses, la qualification en contrat unilatéral du référencement ne serait, de nouveau, plus satisfaisante. Cette qualification n'a donc pas vocation à répondre de toutes les mutations du référencement.

B) Un contrat synallagmatique entre distributeurs et fournisseurs

180. Quand la relation de référencement laisse apparaître des obligations réciproques entre membres du regroupement à l'achat et fournisseurs référencés, elle n'implique plus l'existence d'un contrat unilatéral, comme précédemment, mais l'existence d'un contrat synallagmatique.

Son objet n'étant pas de conclure directement un contrat d'achat/vente mais seulement, pour une liste de produits donnée, de fixer des barèmes d'avantages, avec pour finalité l'approvisionnement des distributeurs, cette relation présente tous les caractères d'un contrat-cadre d'approvisionnement. Comme ce contrat est

choisie se pose dans les mêmes termes. Cf. Supra : Titre **"§ 2) Les alternatives fonctionnelles**

négocié par l'organe d'intégration et porte sur des conditions de vente qui bénéficieront à ses adhérents, c'est donc bien un contrat de référencement au sens de la jurisprudence. Enfin, si ce contrat de référencement prévoit une obligation quelconque pesant sur les distributeurs membres du regroupement, notamment une obligation d'achat, alors, comme l'a analysé en son temps M. Bernard, la qualification en mandat du contrat d'intermédiation s'impose.

1) Une situation fonctionnelle classiquement assimilée à un mandat

181. La démonstration de M. Bernard repose sur un constat simple : l'**article 1165 du Code civil** interdisant de stipuler des obligations pour autrui, seul un mandat donné par ses membres peut permettre à l'organe d'intégration de les engager sur une obligation d'achat.³⁹⁸

On peut penser que c'est, également, le raisonnement suivi par MM. FABRE et SALES pour arriver, dans leur hypothèse du référencement fermé, à cette même qualification.³⁹⁹ Comme l'utilisation de cette technique contractuelle est incontournable pour la réalisation du référencement, on peut donc admettre qu'elle qualifie cette alternative fonctionnelle. En revanche, le contrat de référencement ne s'apparente nullement à un mandat, même si l'erreur terminologique est assez courante. Il convient, en effet, d'opérer ici la même distinction que précédemment entre contrat d'affiliation ou de groupement et contrat de référencement. Dans notre cas de figure, le mandat sera à l'origine de la conclusion du contrat de référencement. Il ne constitue pas le "contrat de référencement" qui, au sens strict, caractérise la situation naissant de la négociation entre le regroupement à l'achat et les fournisseurs. Le "contrat de référencement", quand existent ces obligations réciproques entre les distributeurs et les fournisseurs, apparaît alors comme une double promesse : de vente, de la part des fournisseurs, et, d'achat, de la part du regroupement. Sa nature juridique l'assimile, donc, à une promesse synallagmatique de vente et d'achat ; au sens où chacune des parties s'engage à

reposant sur les engagements du référenceur" p 216.

³⁹⁸ **M. BERNARD** Thèse citée p 249 n° 274.

³⁹⁹ **MM FABRE et SALES** <<les regroupements à l'achat >> précité p 43 n° 30. En effet, dans leur appréciation de cette relation, ces auteurs estiment qu'à l'obligation des fournisseurs de produire une offre ou une promesse de vente, correspond, pour les distributeurs membres d'un regroupement à l'achat, une certaine obligation de choix des fournisseurs référencés et une certaine obligation d'achat. Ils considèrent donc, logiquement, ces "distributeurs-membres" comme les véritables cocontractants du contrat de référencement.

des obligations alternatives, mais symétriques.⁴⁰⁰ Il n'est, à notre connaissance, que deux décisions jurisprudentielles qui semblent qualifier une situation de référencement en mandat : celle du **Tribunal de Commerce de Nanterre du 29 novembre 1988** et celle de la **Cour de Cassation du 14 mars 2000**.⁴⁰¹ La qualification de l'organisme référenceur en mandataire de ses membres a donc essentiellement été invoquée par la doctrine.

Ces opinions sont, il est vrai, un peu anciennes, mais méritent qu'on s'y attarde.

182. Cette hypothèse a, d'abord, été envisagée puis écartée par BURST ;⁴⁰² elle a néanmoins été reprise, comme nous venons de le voir, par M. Bernard et par MM. FABRE et SALES dans leur hypothèse du référencement fermé,⁴⁰³ puis a également été envisagée, sans autres précisions, par MM. Delebarre et Lavabre comme pouvant répondre à certains cas de référencement.⁴⁰⁴

Cette appréciation du référencement a, dès l'origine, été très critiquée comme ne rendant pas compte de la réalité des rapports entre les fournisseurs et les regroupements à l'achat. La principale objection de BURST est ainsi rapportée dans l'ouvrage collectif <<Droit de la distribution>> : *" Il faut surtout préciser les relations entre le groupement auteur du référencement et les grossistes qui en sont destinataires. L'application de la théorie du mandat au référencement se heurte à l'objection majeure que le mandat ne peut porter que sur l'accomplissement d'actes juridiques et non d'actes matériels, or, le regroupement n'est pas porteur d'offre, mais chercheur d'offre au profit de ses <<mandants>>."*⁴⁰⁵ La position de BURST, consiste à soulever l'opposition de nature entre le référencement et le mandat ou, plus précisément, au regard des distinctions terminologiques que nous avons opérées, entre opération de référencement et mandat. Il argumente sur deux points distincts auxquels il nous faut répondre dans l'ordre.

- Premièrement, il discute de la possibilité même d'existence d'un mandat, en soulignant l'absence d'offre de contracter à apporter par le regroupement aux

⁴⁰⁰ **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition p 305 n° 336 et suivants.

⁴⁰¹ **TC Nanterre 29 nov. 1988** PA 8 mai 1989 n° 29 Note C.Nerot ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 14 mars 2000**, société Arco contre Société Soreau (Arrêt inédit, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

⁴⁰² **BURST** "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises>> 1973. Collection actualité du droit de l'entreprise p 54.

⁴⁰³ **MM FABRE et SALES** <<les regroupements à l'achat >> précité p 43 n° 30.

⁴⁰⁴ **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX p 165.

fournisseurs de la part de ses membres ; l'objet d'un mandat devant être l'accomplissement d'actes juridiques.

La question est donc relative à la présence, dans le référencement, de l'objet normal d'un mandat. En l'espèce, on peut pourtant penser que cet objet existe. On rappellera d'abord que, d'après notre analyse, quel que soit le type de référencement il s'agira, toujours, d'une relation contractuelle. La mission du regroupement intègre donc, nécessairement, une offre de contracter, et elle consiste, obligatoirement, en l'accomplissement d'un acte juridique : le contrat de référencement. Peut importe que ce contrat soit, ou ne soit pas, formulé dans un écrit. Cette constatation est encore plus évidente dans l'hypothèse du référencement fermé. Il semble effectivement, dans ce cas, que le regroupement apporte la proposition du distributeur de conclure un contrat-cadre d'approvisionnement assorti d'une proposition concrète d'achat. Cette proposition, même si elle reste indéterminée quant à son volume et quant à son prix - c'est-à-dire ne présentant pas véritablement les caractères d'une offre et devant donc s'analyser comme une base d'entrée en pourparlers - manifeste suffisamment la volonté de s'engager, par l'intermédiaire du regroupement, pour que l'objet de la mission du regroupement à l'achat soit bien, à titre principal, l'accomplissement d'actes juridiques, et donc, que celui-ci puisse être qualifié de mandataire.

- Deuxièmement, cet auteur conteste le choix du mandat pour rendre compte du référencement, en soulignant les différences entre ces deux contrats : le mandataire étant un "porteur d'offre", quand le référencier est un "chercheur d'offre".

Cette critique se distingue de la précédente, en ce qu'elle vise l'existence, dans le contrat de référencement, d'une obligation qui ne relève pas de l'objet normal d'un mandat. Elle exprime l'idée que, sous couvert de ce contrat, on qualifie des obligations qui lui sont étrangères, le référencement consistant en des actes matériels.⁴⁰⁶ Cette opinion est à rapprocher de celle émise par Mme Sélinsky sur le contrat de référencement pour critiquer, cette fois, la qualification de courtage : *"le groupement à l'achat ne se contente pas, comme un courtier, de rapprocher des partenaires potentiels : il négocie les conditions de transaction, fait pression sur les fournisseurs pour en obtenir de meilleures en faisant valoir le potentiel dû au*

⁴⁰⁵ **J.M MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE** <<Droit de la distribution>> p 86 n° 89.

⁴⁰⁶ **J.M MOUSSERON, J.J BURST, N.CHOLET, CH.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE** <<Les contrats de la grande distribution>> p 86 n° 89 " *L'application de la théorie du mandat au référencement se heurte à l'objection majeure que le mandat ne peut porter que sur l'accomplissement d'actes juridiques et non d'actes matériels.*"

regroupement des adhérents, etc...". ⁴⁰⁷ On peut constater effectivement, dans la pratique du référencement, ce comportement de "chercheur d'offre" qui dépasse les obligations d'un mandataire et justifie les remarques de ces auteurs. On doit en conclure qu'il semble bien que la nature juridique du mandat soit insuffisante pour appréhender la totalité, à défaut de la réalité, des rapports unissant une structure de regroupement à ses membres. Ces rapports, outre une mission de représentation, impliquent à l'évidence d'autres obligations.

2) Une solution trop restrictive pour rendre compte du référencement

183. Pour approfondir cette question de la réalité des liens unissant une structure de regroupement à ses membres, on doit citer une autre critique quant à la possibilité de qualification de l'organisme référencier en mandataire.

Elle émane de Mme Sélinsky qui estime, elle aussi, qu'il est difficile de voir dans le regroupement à l'achat un mandataire de ses membres si l'on constate, d'une part, *"qu'un adhérent démissionnaire en cours d'exercice ne perçoit pas sa part de ristourne, même s'il était membre du regroupement au moment où la négociation a été menée"*, et d'autre part, *"qu'un membre adhérent en cours d'exercice perçoit une part de ristourne même si son adhésion est postérieure à la négociation."* Elle en conclut : *" C'est donc bien que le regroupement agit en son nom."* ⁴⁰⁸ En l'occurrence, d'après cet auteur, il agit en commissionnaire. Ces critiques soulèvent, de nouveau, un problème d'importance quant à la qualification du référencement en mandat.

- La première remarque de Mme Sélinsky sur la non perception de ristourne d'un adhérent démissionnaire, pose la question de l'origine du droit à ristourne pour un distributeur adhérent.

Ce point de départ est-il constitué par le contrat de référencement proprement dit - c'est-à-dire par l'émission de l'offre ou de la promesse de vente du fournisseur et son maintien pour une contrepartie en terme d'obligation d'achat des distributeurs ou de prestation de services du regroupement - ou bien, plutôt, par la conclusion des contrats d'achat/vente entre distributeurs adhérents et fournisseurs ? La

⁴⁰⁷ Mme SELINSKY, << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Arrêt Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988 p 4.

⁴⁰⁸ Mme SELINSKY, << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Arrêt Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988 p 5.

réponse à cette question se trouve dans l'étude des décisions de jurisprudence relatives à l'assiette des ristournes, et il semble bien que cette assiette repose, non seulement sur les marchandises commandées, mais effectivement payées.⁴⁰⁹ On peut donc en déduire, logiquement, que le fait générateur de la perception d'une ristourne est constitué à partir du moment où une telle commande aura été faite et honorée par un distributeur, et que rien ne devrait, juridiquement, l'empêcher de la recevoir. Cette solution devrait prévaloir quelle que soit la qualification donnée à l'intervention du référenceur, puisque le fait générateur du droit à perception de la ristourne est postérieur à cette intervention. Une première alternative à cette conclusion consisterait en ce que la structure de regroupement à l'achat soit à l'origine du fait générateur du droit à perception des ristournes, et non plus les distributeurs. Cela signifierait que l'organisme d'intégration lui-même, en son propre nom, assume le règlement des marchandises commandées. En vertu des critères de distinction que nous avons précédemment étudiés, il n'agirait plus dans cette situation en référenceur mais en commissionnaire ; les distributeurs membres ne concluant plus en leur nom propre les contrats d'achat/vente.⁴¹⁰ Il détiendrait alors, en propre, le droit à perception des ristournes, et pourrait en disposer dans les limites de ses obligations en tant que commissionnaire, et librement si son contrat était rompu. C'est l'hypothèse défendue par Mme Sélinsky. Si l'on veut rester dans la perspective d'une opération de référencement, la seule autre alternative possible ne peut être que le résultat d'un pouvoir de sanction exercé par l'organe d'intégration à l'achat. En effet, nous avons déjà signalé que l'action d'intégration à l'achat des structures de référencement, qu'elle s'exerce par des moyens contractuels comme dans la signature d'un contrat d'affiliation, ou par des moyens statutaires, comme dans la création d'un groupement d'achat, nécessite pour un besoin de cohésion que soit assurée une certaine discipline.⁴¹¹ Or, le maintien dans le regroupement est, assurément, l'un des piliers à partir duquel cette discipline s'organise.⁴¹² Il est donc logique de voir, dans cette rétention des

⁴⁰⁹ **Cour d'Appel de Paris 27 Novembre 1987**, Lettre de la distribution 1988. 9 ; **Cour d'Appel de Versailles 14 avril 1988**, Lettre de la distribution 1988.5 ; **Cour d'Appel de Paris 16 janvier 2008** n° 07/14392.

Voir pour un avis de la doctrine en ce sens : **M. Didier FERRIER** << Groupement d'achat : obligation de garantie ou de renseignement quant à la solvabilité de ses adhérents >> Recueil Dalloz 1990 p. 374.

⁴¹⁰ Voir, supra: n° 168 la distinction opérée entre le référencement et le contrat de commission.

⁴¹¹ Cf. Introduction p 21.

⁴¹² Cf. **Cour d'Appel Paris 2 octobre 2008** : " *Qu'en effet, le choix des adhérents de l'enseigne Leclerc est de fonctionner dans un système coopératif, d'une part, et qu'un coopérateur n'est pas un associé qui apporte un capital mais qui prend l'engagement d'apporter son activité à la coopérative, d'autre part ; que, certes, chaque associé peut se retirer d'une société à capital variable sous réserve de conventions contraires mais qu'aussi les statuts d'une coopérative peuvent prévoir une durée d'adhésion obligatoire pour les coopérateurs, ce qui est le cas en l'espèce ; Que, par ailleurs, l'exclusivisme coopératif interdit à la coopérative de travailler avec des tiers non coopérateurs, ce qui implique que le départ d'un coopérateur affaiblit la capacité de la coopérative, et*

LE REFERENCEMENT

ristournes, un simple exercice de la discipline du regroupement à l'achat au titre d'une "amende" infligée à un adhérent démissionnaire.⁴¹³ Cette possibilité de sanction, ne préjuge donc nullement de la qualité auquel l'organe d'intégration intervient dans le cadre du référencement, mais renvoie plutôt à ce qui a été dit en introduction sur l'organisation des regroupements.⁴¹⁴ En effet, ce pouvoir de sanction sera nécessairement différent, selon que les liens unissant le regroupement à ses membres seront contractuels ou statutaires.⁴¹⁵

- La seconde remarque de Mme Sélinsky, qui consiste dans le fait qu'un adhérent postérieur à la conclusion du contrat de référencement puisse bénéficier également de la ristourne, pose carrément la question de savoir à qui appartient ce droit à ristourne.

*laisse aux autres coopérateurs la quote-part des charges et du financement des investissements que le coopérateur attrayant ou exclu n'assumera plus, et dont il a bénéficié ;
Considérant qu'il apparaît dès lors normal et légitime que, pour assurer la pérennité de leurs entreprises, les opérateurs du système coopératif mettent en place des mécanismes compensatoires, à savoir que le coopérateur qui se retire doit compenser les conséquences de son départ prématuré et préserver ainsi les autres coopérateurs des conséquences de ce départ ;
Qu'ainsi, la clause pénale qui prévoit le paiement d'une indemnité en cas de départ anticipé d'une coopérative de distributeurs réunis sous la même enseigne constitue un système de fidélisation des adhérents favorable au jeu de la concurrence et que, comme le soutient la SCAPEST, le maintien du système coopératif, auquel la mise en place des pénalités statutaires de sortie anticipée participe, permet aux adhérents du mouvement Leclerc, qui constituent des entreprises de plus petite taille, d'opérer sur le marché de la grande distribution et de faire concurrence à des entreprises de taille beaucoup plus importante ; ". (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).*

⁴¹³ C'est bien dans ce sens qu'on peut le constater dans la pratique. Ainsi, la clause D de la convention d'adhésion à la Centrale d'achat GROUPE LUZ, SAS GROUPE LUZ, 6 Rue de L'ABBE GROULT, 75015 PARIS, prévoit en cas de manquement d'un adhérent à ses obligations que :

- "Tout incident de paiement entraîne la perte du bénéfice des avances mensuelles de ristournes pendant 6 mois.

- La centrale se réserve le droit de cessation immédiate du contrat, entraînant le blocage des ristournes et des cautions jusqu'à règlement du contentieux, ainsi que la perte du bénéfice de la prime sur ristournes. La Centrale se réserve toute possibilité de droit pour le recouvrement des sommes dues.

- En cas de résiliation ou suspension pour non respect des conditions de règlement, la totalité des sommes restant dues à la Centrale devra être réglée sans délai. A défaut de paiement dans les 10 jours de l'envoi d'avis de résiliation ou suspension, une pénalité forfaitaire de 10% du montant des sommes dues sera exigible, sans préjudice des frais, dédommagements et intérêts complémentaires au titre des frais de gestion, pénalités de retard et/ou frais de recouvrement." (Annexe 1).

De la même façon, concernant les centrales d'achat de LECLERC :

" les statuts du GALEC, comme ceux de la SCAPEST, prévoient, en effet, que chaque distributeur Leclerc qui se retire avant le terme de la période de 25 ans ou de 30 ans pour les nouveaux adhérents peut être sanctionné par une pénalité comprenant :

- la perte au jour de la décision de retrait de l'associé, de tous droits à ristournes directes ou indirectes non encore payées, qui sont acquises au GALEC ou à la SCAPEST,

- le versement d'une somme représentant un pourcentage du chiffre d'affaires HT des 12 derniers mois d'exercice de l'adhérent qui se retire, multiplié par 5 pour la SCAPEST, et représentant un demi pour cent du chiffre d'affaires TTC de la dernière année civile précédant le retrait pour le GALEC ;". **Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 2 octobre 2008**, précité.

Encore faut-il que l'adhérent ait pu valablement s'engager en connaissant la portée de la clause pénale, ce qui n'est pas le cas s'il existe une incertitude sur le montant des ristournes qui lui sont dues : **Cour de cassation, Chambre Commerciale 22 février 2000 n° 97-17.020** Recueil Dalloz 2000 p. 153.

⁴¹⁴ Cf. introduction p 21.

⁴¹⁵ Cf. introduction p 21.

De la même façon, dans cette hypothèse d'une sanction, le droit à ristourne étant cependant établi à l'encontre des fournisseurs, cela suppose que cette ristourne, dont l'adhérent démissionnaire aura été privé, sera néanmoins perçue par le regroupement à l'achat. Cela posera donc, dans ce cas, la question de son affectation, soit à l'organe d'intégration en propre, soit répartie entre les adhérents, selon l'organisation du regroupement.

LE REFERENCEMENT

A ce titre, on peut plus difficilement lui trouver une justification contractuelle dans le mandat. ⁴¹⁶ En effet, si mandat a été donné au regroupement par ses membres de négocier des conditions de vente, c'est nécessairement à leur profit et non au profit de tiers que seraient de futurs adhérents. Dans la mesure où une telle situation serait constatée, on peut donc penser, à l'instar de Mme Sélinisky, qu'il y aurait là un obstacle majeur à l'admission de cette solution fonctionnelle pour rendre compte du référencement. ⁴¹⁷ L'opinion qu'elle présente, consistant à y voir un contrat de commission, reprendrait alors toute sa valeur. On doit, logiquement en conclure, que cette solution fonctionnelle du mandat n'a pas vocation, tout comme la précédente, à s'appliquer à toutes les formes de référencement. Cependant, on a vu que l'appel à cette notion reste fondamental dans l'approche d'un référencement fermé. Cela justifie que l'on puisse la considérer, a priori, comme étant applicable, au moins, dans ce cas.

Dans l'hypothèse où l'organe d'intégration à l'achat serait reconnu comme agissant pour son propre compte, cette situation impliquant l'autonomie du contrat de référencement par rapport au contrat d'intermédiation poserait, alors, des problèmes tout autres.

⁴¹⁶ Cf. Pour un exemple en ce sens : clause 5 de la convention d'adhésion à la Centrale d'achat GROUPE LUZ, SAS GROUPE LUZ, 6 Rue de L'ABBE GROULT, 75015 PARIS. *"Pour tous les fournisseurs référencés par la Centrale, les achats permettent à l'opticien d'obtenir en plus d'une remise sur facture (pourcentage immédiatement déduit), une ristourne aléatoire annuelle variable suivant les fournisseurs et les produits."* (Annexe 1).

⁴¹⁷ Voir en ce sens les développements supra n° 362.

§ 2) Les alternatives fonctionnelles reposant sur les engagements du référencieur

184. Au même titre que les situations issues des référencements ouverts, semi-ouverts et fermés, ont donné lieu à une analyse en alternatives fonctionnelles tenant compte de leurs particularités, le référencement semi-fermé, c'est-à-dire celui dans lequel existe une contrepartie aux prestations des fournisseurs sous la forme d'un engagement de l'organisme référencieur, peut s'analyser, lui aussi, en alternatives fonctionnelles.

Cette hypothèse, qui fait apparaître la structure de regroupement comme le véritable cocontractant des fournisseurs dans les contrats de référencement, est inspirée par l'observation, dans ces contrats, d'un certain nombre d'obligations pesant directement sur elle. Ces obligations, dont nous avons précédemment dressé l'inventaire, ont toutes fait l'objet d'analyses et d'interprétations par la doctrine. Différents auteurs et décisions jurisprudentielles estiment même, s'agissant d'un référencement, que certaines pourraient être imposées.⁴¹⁸ Il convient de les rappeler sommairement ici :

- Il s'agit, d'abord, de la diffusion de l'offre des fournisseurs sous la forme d'un catalogue ou d'un listing de références et, éventuellement, l'obligation de les favoriser.⁴¹⁹

- Certains contrats envisagent, également, une obligation de renseignement sur la solvabilité des adhérents,⁴²⁰ ou encore, un système quelconque de garantie des contrats de vente conclus.⁴²¹

⁴¹⁸ **MOUSSERON** << Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 77 n° 105. Voir, pour un exemple jurisprudentiel : **TGI de Strasbourg 29 sept 1983** Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros, inédit rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2.

⁴¹⁹ **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. p 10 et 11 ; **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 81 n° 112 ; **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 157 n° 322, p 212 n° 420 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 409 n° 815 ; M. Delaware et Lavabre Dalloz 1985 Chronique XXIX p 166.

⁴²⁰ Voir, observations de **Mme SELINSKY** PA 30 septembre 1988 n° 118 p 9.

⁴²¹ Cf. Jurisprudence précitée : **Cour de Cassation Chambre commerciale 25 octobre 1994** (Bulletin 1994 IV N° 317 p. 257) Sommaire : Dalloz 1997 p. 64 ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 3 janvier 1995** (Bulletin 1995 IV N° 5 p. 5) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 10 juin 1997** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 17 février 1998** (4 Arrêts disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mars 2000** (3 Arrêts disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 11 décembre 2001** (2 Arrêts

- Enfin, dans un même ordre d'idée, MOUSSERON exprime l'hypothèse que puisse peser sur le référenceur l'obligation, supplémentaire, d'exercer les disciplines du regroupement en matière d'achat.⁴²²

Les alternatives fonctionnelles issues de cette situation de référencement semi-fermé doivent, donc, être à même d'intégrer ces différentes obligations. Cette situation se caractérisant initialement par l'action du référenceur, contractant en son propre nom mais au profit de ses membres certaines prestations, de la part des fournisseurs, l'appel à la notion de stipulation pour autrui apparaît, a priori, incontournable (A). Cette analyse pouvant donner lieu à différentes alternatives fonctionnelles (B).

A) Une stipulation pour autrui

185. Comme nous l'avons écrit, la doctrine ainsi que la jurisprudence se sont majoritairement orientées vers une conception du référencement intégrant le référenceur en véritable cocontractant des fournisseurs, au détriment de l'opinion tendant à donner ce statut au regroupement des distributeurs.

Cette conception, compte tenu de la définition que nous avons admise du référencement, aurait dû entraîner une analyse de ce contrat en stipulation pour autrui, dans la mesure où la structure de référencement contracte au profit de ses membres.⁴²³ Elle a pourtant, généralement, donné lieu à une interprétation en courtage.⁴²⁴ Cette analyse en stipulation pour autrui du référencement, même si elle est à présent minoritaire, garde néanmoins quelques partisans et mérite qu'on s'y attarde ; ne serait ce que pour comprendre les raisons qui ont motivé la majorité de la doctrine et de la jurisprudence à l'écarter.

disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 20 mai 2003** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Autorité de la Concurrence Décision n° 11-D-03 du 15 février 2011** relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais.

⁴²² **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 81 n° 112 ; dans le même sens **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 256 n° 488.

⁴²³ Cf. p 157.

⁴²⁴ Cf. Supra n° 197.

1) Une analyse a priori évidente

186. L'archétype de la situation issue d'un référencement qui caractérise la relation que nous avons qualifiée de semi-fermée, quand sont observables des obligations réciproques entre fournisseurs référencés et référenceur, est contenu dans la définition que Mme M.E André donne de cette convention : "*Malgré la diversité des suppléments qui peuvent revêtir l'opération de référencement, une lecture minimale du contrat de référencement est possible : les fournisseurs devront maintenir leur offre aux affiliés pendant un certain temps et verser diverses sommes aux groupements et centrales qui, en contrepartie, devront diffuser ces offres à leurs affiliés et en favoriser l'acceptation.*".⁴²⁵

Cette description fait des obligations pesant sur le référenceur, en terme d'information et de promotion auprès de ses membres des offres des fournisseurs, la cause de l'engagement de ces derniers à produire leur promesse de vente. En contrepartie le regroupement bénéficie, en propre, de l'un des engagements du fournisseur : le paiement de la commission de gestion. L'engagement principal que représente la promesse de vente continue, de son côté, à bénéficié aux membres du regroupement. Cette hypothèse, où le regroupement référenceur se voit qualifié de cocontractant de l'opération de référencement, nécessite donc, a priori, de faire appel à la notion de stipulation pour autrui pour qualifier les relations intervenues. En effet, on se trouve ici dans le cadre d'une alternative que nous qualifierons de classique, s'agissant de l'observation des situations de référencement, qui est celle où le contrat de référencement entre la structure de regroupement référenceur et les fournisseurs consiste en des obligations réciproques. Le contrat synallagmatique entre ces deux parties étant conclu au bénéfice des membres du regroupement, cela entraîne deux situations fonctionnelles possibles :

- Première situation, l'organisme référenceur agit en représentant de ses membres. Dans ce cas, ses membres devront être réputés comme étant les véritables cocontractants du contrat de référencement, c'est l'hypothèse analysée précédemment du mandat.

- Seconde situation, l'organisme référenceur agit pour son propre compte. Dans ce cas, agissant au profit de ses membres tiers au contrat, l'appel à la notion de stipulation pour autrui devient logique, c'est l'hypothèse envisagée à présent.

⁴²⁵ Mme M-E ANDRE : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 212 n° 420.

187. Ce constat n'avait pas échappé à BURST qui, le premier, défendit l'analyse du référencement en stipulation pour autrui.⁴²⁶

On doit remarquer, à l'instar de cet auteur, que le schéma juridique ainsi reproduit correspond, effectivement, aux obligations issues de cette technique contractuelle telle que la présente l'**article 1121 du Code civil**. En effet, la "promesse de vente" étant destinée aux membres du regroupement tiers bénéficiaires, le contrat de référencement passé par l'organe d'intégration doit, nécessairement, être considéré comme étant conclu à leur profit. Cette stipulation pour autrui semble, de ce fait, parfaitement viable juridiquement, puisque ce sera bien une créance sur les fournisseurs et non une obligation qui sera transmise.⁴²⁷ Cette analyse de la situation issue du référencement a notamment été avancée outre par BURST, par M. BERNARD,⁴²⁸ MM. CAS, BOUT et FERRIER,⁴²⁹ MM. FABRE et SALES⁴³⁰ et le Professeur Didier MARTIN.⁴³¹ Elle est également reprise par Mme M.E André, pour expliquer comment les engagements des fournisseurs référencés en terme de conditions de vente, alors qu'ils sont pris à l'égard de l'organisme référenceur, peuvent être invoqués par les distributeurs membres bénéficiaires.⁴³² Ce dernier auteur répugne, cependant, à voir dans cette théorie une réponse satisfaisante à la question de la nature du contrat de référencement, lui préférant celle d'un double courtage. Compte tenu de l'adéquation apparente de la théorie présentée par BURST d'une stipulation pour autrui, pour rendre compte de la situation de référencement actuellement analysée, les objections de Mme M.E André, qui a prôné avec succès l'analyse du référencement en courtage, présentent d'emblée un intérêt certain et nécessitent d'être abordées spécialement.

⁴²⁶ **J.J BURST** "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises >> 1973. Collection actualité du droit de l'entreprise p 56.

⁴²⁷ **Cour de Cassation Civ. 3^o 10 avril 1973** " *La stipulation pour autrui ne saurait faire naître qu'un droit au profit d'un tiers et non mettre à sa charge une obligation stipulée en dehors de lui.*" D 1974 note Larroumet. On sait que cette jurisprudence s'est assouplie en permettant, en cas d'acceptation du bénéficiaire, que certaines obligations lui soient également transmises, mais cela ne remet nullement en cause le constat de l'adéquation parfaite du schéma contractuel originel de la stipulation pour autrui avec la situation née d'un référencement.

⁴²⁸ **M.BERNARD** Thèse citée n° 275.

⁴²⁹ **MM. G.CAS, R.BOUT et D.FERRIER** <<Droit économique : Concurrence-Distribution-Consommation>> Lamy 1991 " *l'on peut proposer d'analyser le contrat de référencement en une stipulation pour autrui par laquelle le fournisseur référencé promettant s'oblige à l'égard de la centrale de référencement, stipulant, à fournir, aux conditions convenues, les produits désignés dans le contrat aux affiliés de la centrale tiers bénéficiaire, pendant toute la durée du contrat*" .

⁴³⁰ **MM FABRE et SALES** "les regroupements à l'achat " p 41 n° 26.

⁴³¹ **Professeur D.-R. MARTIN** <<La stipulation de contrat pour autrui>> Dalloz 1994, chronique p 145 et suivantes.

⁴³² **Mme M.E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 257 n° 490 ; p 276 n° 527.

2) Une analyse néanmoins critiquée

188. L'argumentation de Mme André pour s'opposer à la reconnaissance du référencement en stipulation pour autrui, repose sur deux arguments :

- elle reprend, d'abord, l'objection faite à cette théorie par MM. Fabre et Sales sur la souplesse des liens observables entre référencé et référenceur : "*Bien souvent ces liens sont plus souples et au stade du référencement, ni les uns ni les autres ne s'engagent à des résultats précis.*".⁴³³

En ce qui concerne ce premier point, l'auteur tend, donc, à estimer qu'en l'absence habituelle de lien obligatoire entre référencé et membres de la structure d'intégration à l'achat référenceur, il n'y a pas stipulation pour autrui qui implique, précisément, une mise en relation obligatoire.⁴³⁴ Néanmoins, nous avons déjà souligné que la référence à la souplesse des relations issues du référencement ne peut concerner que le référencement ouvert. Or, il n'est pas certain que ce mode de référencement soit le plus employé aujourd'hui. L'obligation faite aux fournisseurs de maintenir leurs conditions de vente pour une durée déterminée est sans doute la plus fréquente. Elle se retrouve, en tous cas, dans la majeure partie des cas de référencement soumis aux tribunaux.⁴³⁵ Ces mêmes tribunaux sanctionnent, d'ailleurs, les organes d'intégration à l'achat estimant pouvoir se dispenser d'une obligation minimale de maintien de leur obligation d'achat et déréférençant sans préavis.⁴³⁶ Dans cette hypothèse, qui semble être la plus commune, où les fournisseurs référencés sont obligés au maintien de leurs conditions de vente - situation que nous avons analysée en promesse de vente - c'est bien une obligation à laquelle ne peut contractuellement déroger le fournisseur référencé, que celle de conclure pour un temps déterminé des achats/ventes sur un barème d'avantages prédéterminé. On peut donc légitimement se demander si cette notion de référencement ouvert repose encore sur une réalité observable, à partir du moment où elle est soumise au droit, et ne devrait pas plutôt être cantonnée, précisément,

⁴³³ **MM FABRE et SALES** <<les regroupements à l'achat>> précité p 41 n° 26.

⁴³⁴ **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité "*La stipulation pour autrui concerne une technique de mise en relation obligatoire d'un contractant et d'une personne tierce et appelle précision sur le contenu et, donc, la nature de cette relation.*".

⁴³⁵ **Cour de Cassation Chambre commerciale 23 octobre 1990** Bulletin 1990 IV N° 257 p. 180 ; **Cour d'Appel de PARIS 13 décembre 2001** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

⁴³⁶ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 7 juillet 2004** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Cour d'Appel de DOUAI 5 décembre 2002** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

à la description de relations cherchant à échapper à toute réglementation, ou particulièrement limitées en volume et dans le temps. Et quand bien même il s'agirait vraiment d'un référencement ouvert, on a vu ce qui différencie ce cas de simples pourparlers débouchant sur une offre : l'accord de volonté sur la production d'une offre d'un contenu déterminé à des destinataires déterminés. On peut alors considérer que cet accord, s'il intervient entre les fournisseurs et l'organe de regroupement à l'achat agissant en son nom propre, porte bien sur la transmission d'un droit à bénéficier de l'offre à des tiers que sont, en l'espèce, les distributeurs membres du regroupement. Comme il s'agit d'une mise en relation obligatoire avec des tiers identifiés, on peut estimer que cette situation relève, néanmoins, d'une stipulation pour autrui.

- L'autre argument de Mme M.E André repose sur le constat selon lequel, à moins d'une évolution de la notion, la stipulation pour autrui suppose un contrat principal dont elle n'est que l'accessoire.

En ce qui concerne ce second argument, la remarque est parfaitement justifiée, car la stipulation pour autrui n'est que l'accessoire d'une opération principale qui, en l'espèce, est le contrat de référencement ; ce qui laisse entier le problème de la qualification de ce dernier.⁴³⁷ Néanmoins, on ne saurait pour autant, à notre sens, en déduire la conséquence d'une inadéquation de la notion de stipulation pour autrui pour qualifier le référencement. En effet, au même titre que la constatation de l'existence d'une stipulation pour autrui ne règle pas le problème de la nature du contrat principal, qualifier l'opération entre référencé et référenceur en faisant abstraction de l'existence de cette stipulation serait, également, en tronquer la définition en ne qualifiant pas l'un de ses paramètres. Le problème est, ici, de s'entendre sur le concept juridique qui, dans l'ensemble contractuel complexe du référencement, forme l'essence de la relation observée. Or, on constate que la stipulation pour autrui est, de toute évidence, un élément essentiel de cette formule contractuelle. La position de la Cour de Cassation est là pour rappeler que l'absence de possibilité de relation directe d'achat/vente entre membres du regroupement à l'achat et fournisseurs, jette un doute sur l'existence même d'une relation de référencement. En effet, dans cette hypothèse, le référenceur ne stipule plus au nom de ses membres mais conclut le contrat de référencement à titre propre comme commissionnaire, ou en tant que mandataire.⁴³⁸ On peut donc

⁴³⁷ **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 212 n° 420 *"La stipulation pour autrui est, en principe, selon l'article 1121 C. Civil, accessoire à une opération principale et celle-ci est le contrat de référencement dont la nature n'est pas pour autant indiquée."*

⁴³⁸ Cf. Supra Titre 2 chapitre 1, section 2, "**§ 2) La reconnaissance d'une opération de référencement**" p 186.

penser que la remarque de Mme M.E André, trouve sa réelle justification dans la proposition de cet auteur d'une autre solution fonctionnelle au référencement. Cette solution repose sur la vision du contrat de référencement en un double courtage, seule hypothèse qui permet, en théorie, d'écarter la qualification de stipulation pour autrui. Nous reviendrons sur cette proposition ultérieurement.⁴³⁹

A ce stade de notre étude, la remarque de Mme M.E André oblige cependant à affiner, une fois encore, notre perception de cette situation juridique en distinguant, à nouveau, "le contrat de référencement" de "la relation de référencement".

B) Une solution se déclinant en plusieurs alternatives fonctionnelles

189. Il faut, comme nous l'avons déjà souligné,⁴⁴⁰ prendre garde à ne pas confondre entre le "référencement", que l'on a défini comme étant la situation juridique principalement issue des relations entre regroupement référenceur et fournisseurs référencés, et le "contrat de référencement", qui qualifie les relations contractuelles directement intervenues entre ces entités.

Certes, ces deux notions peuvent recouvrir une même réalité contractuelle et peuvent faire l'objet d'une même qualification. Ainsi, dans le cadre d'un référencement ouvert, en l'absence de relations synallagmatiques entre organisme référenceur et fournisseurs référencés, le contrat de référencement, comme la relation de référencement, doivent l'un et l'autre être qualifiés en contrat unilatéral. En revanche, dans le cadre d'un référencement fermé, si l'existence de relations synallagmatiques entre fournisseurs référencés et organisme référenceur emporte la qualification de contrat-cadre d'achat/vente pour le contrat de référencement, le "référencement" pris dans son ensemble est généralement qualifié de mandat. En effet, c'est l'appel à un intermédiaire représentant des acheteurs qui est, dans ce cas, l'élément caractéristique de la situation juridique. Dans la situation où nous nous trouvons, la distinction entre ces deux notions est également nette, même si elle peut recouvrir plusieurs options.

1) L'existence d'un contrat-cadre

⁴³⁹ Cf. Infra : Titre "**§ 2) L'hypothèse du double courtage p 244**".

⁴⁴⁰ Cf. Supra : p 143.

190. Si, comme nous l'avons vu, la situation juridique essentielle née de la relation entre fournisseurs référencés et l'organisme référenceur - autrement dit dans notre conception : "le référencement" - est une stipulation pour autrui, ainsi que Mme M.E André l'a fait remarquer, il reste cependant à qualifier le contrat support de cette stipulation pour autrui.

Ce contrat est le contrat sur la base duquel cette stipulation a été prévue, celui matériellement passé entre fournisseurs et référenceur : le contrat de référencement stricto sensu. Comme précédemment, les caractères de ce "contrat de référencement" en ce qu'il ne porte que sur un barème d'avantages appliqué à une liste de produits déterminés, et en ce qu'il vise à permettre sur sa base la conclusion de contrats d'achat/vente ultérieurs, le font naturellement apparaître comme un contrat-cadre d'approvisionnement. Cette qualification en contrat-cadre d'approvisionnement l'identifie suffisamment, à notre sens, en tant que contrat principal. Cependant, sa particularité consistant à trouver son accomplissement entre le fournisseur et un autre que le bénéficiaire, en fait un contrat-cadre d'approvisionnement assorti d'une stipulation pour autrui. C'est donc bien cette dernière qui donne à la relation appelée "référencement" son originalité. On doit donc donner raison à BURST d'avoir pensé, dès l'origine, la stipulation pour autrui comme étant l'essence de cette relation commerciale. Dans cette situation, le référencement se distingue nettement du contrat de référencement, qui détermine seulement les relations directement intervenues entre fournisseurs référencés et regroupement référenceur et reste, fondamentalement, un contrat-cadre d'approvisionnement. Ce constat justifie, donc, la distinction que nous avons opérée entre ces deux notions.

191. Une fois admis le principe selon lequel la qualification du référencement en stipulation pour autrui suppose celle du contrat de référencement en contrat-cadre d'approvisionnement, il reste encore à s'interroger sur l'origine de ce contrat-cadre conclu par la structure de référencement agissant comme intermédiaire, pour que notre analyse fonctionnelle soit complète.

Cette identification du contrat-cadre, dépend directement de l'analyse faite du contrat d'intermédiation lui ayant donné naissance. Au même titre que la qualification du référencement en promesse synallagmatique de vente et d'achat implique, logiquement, celle du contrat d'intermédiation en mandat, la qualification en stipulation pour autrui du référencement semble, pareillement, impliquer celle du contrat d'intermédiation en contrat d'entreprise. Les termes de cette hypothèse

ont été parfaitement exposés par M. BURST auquel il convient de se référer.⁴⁴¹ *"Il reste alors à déterminer la nature juridique du contrat liant le regroupement à ses membres ; en tant que stipulant, le regroupement ne peut plus être considéré comme un mandataire. Le contrat de mandat est donc exclu. Serait-il déraisonnable d'y voir un contrat d'entreprise ? Le contrat d'entreprise n'est-il pas le contrat par lequel l'entrepreneur s'engage envers une personne à exécuter contre rémunération un travail indépendant et sans représentation ? Or, le regroupement s'engage bien à l'égard de ses membres à exécuter un travail, celui de rechercher l'entrée en pourparler avec les tiers et de provoquer des offres. S'agissant d'actes purement matériels, le contrat est un contrat d'entreprise Cass Civ. 19 février 1968."* L'alternative fonctionnelle proposée par BURST, quand sont constatées des obligations réciproques entre fournisseurs référencés et regroupement référenceur, consiste donc à envisager la stipulation pour autrui comme l'accessoire essentiel d'un contrat-cadre d'approvisionnement passé en son nom propre par le regroupement référenceur, en exécution d'un contrat d'entreprise souscrit avec ses membres. Cette proposition nécessite quelques éclaircissements.

2) L'hypothèse d'un contrat d'entreprise

192. Le principal avantage mais, également, inconvénient du contrat d'entreprise, réside dans sa souplesse.

On peut estimer que ce contrat ne se distingue guère d'une simple obligation de faire quant à son principe, si ce n'est son régime juridique, puisque l'**article 1710 du Code civil** le définit comme un contrat *" par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles."*⁴⁴² Ce contrat d'entreprise, constitué en l'espèce par le contrat d'affiliation ou de regroupement liant la structure d'intégration à l'achat à ses membres, présenterait, néanmoins, certains caractères particuliers liés à l'opération de référencement qu'il doit initier. Il n'est donc pas exclu qu'à terme, comme ont pu en être distingués certains louages d'ouvrage, ce dernier soit à son tour isolé du régime général pour un statut plus précis issu de la jurisprudence et des usages. Entre autres, dans la situation envisagée, le contrat devra prévoir que l'organisme référenceur agisse toujours en son nom propre, dans l'accomplissement de l'obligation de faire qui lui

⁴⁴¹ **J.J BURST** "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises>>1973. Collection actualité du droit de l'entreprise précité p 56.

incombe de subvenir à l'approvisionnement du maître de l'ouvrage, en l'espèce, de ses membres. On peut alors se demander, si cette situation est compatible avec sa qualité d'entrepreneur. On doit répondre favorablement à cette interrogation, car cela semble, effectivement, correspondre aux obligations découlant d'un contrat d'entreprise. En effet, dans l'exécution de ses obligations, l'entrepreneur est libre de conclure tous les contrats nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Si l'on s'attache à définir plus précisément cette mission, elle apparaît comme consistant en *"l'entrée en pourparlers avec les tiers et la provocation des offres"*, comme l'exprimait BURST.⁴⁴³ Autrement dit, elle vise la conclusion de contrats de référencement au sens où nous les avons définis, en termes d'accords sur la production d'une offre ou d'accords sur la production d'une promesse de vente.

193. Les caractères propres à ce contrat de référencement, le font également apparaître comme un contrat-cadre d'approvisionnement particulier.

En effet, il s'agit ici, non pas des obligations réciproques en termes d'achat et de vente entre les parties, mais d'une obligation minimale de la part des fournisseurs d'émission de conditions de vente préalablement négociées ; cette prestation trouvant sa contrepartie dans diverses obligations pesant sur le regroupement à l'achat.⁴⁴⁴ L'analyse de ce contrat révèle donc, exclusivement, des obligations de faire, autant à l'égard du fournisseur référencé que de l'organisme référenceur. Il y a, donc, un échange de prestations de services dont l'une présente la particularité d'être stipulée pour autrui. On pourrait également, alors, considérer le contrat de référencement comme étant un double contrat d'entreprise. Cependant, les obligations pesant sur le fournisseur ne constituant pas véritablement un "travail", cette qualification serait vraisemblablement impropre.⁴⁴⁵ En revanche, l'action spécifique menée par la structure de regroupement en faveur des fournisseurs, en terme notamment de transmission de leurs "offres" relève, peut être, de cette définition. Cette opinion se trouve confortée par l'observation de l'obligation pesant sur les fournisseurs, consistant à verser diverses sommes aux groupements et centrales ; ce qu'il est convenu d'appeler la "commission de gestion". Cette

⁴⁴² **M. Philippe DELEBECQUE** <<Le contrat d'entreprise>> Dalloz "Connaissance du droit" p 4 " *Le contrat d'entreprise ... doit plus à la théorie générale du contrat qu'au droit spécial des contrats*".

⁴⁴³ **J.M MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE** <<Droit de la distribution>> Cité p 86 n° 89.

⁴⁴⁴ Cf. Supra : Titre **"§ 2) Les alternatives fonctionnelles reposant sur les engagements du référenceur"** p 216.

⁴⁴⁵ **M. Philippe DELEBECQUE** <<Le contrat d'entreprise>> Dalloz " Connaissance du droit" p 23 "... *L'obligation fondamentale de l'entrepreneur est de faire quelque chose...l'entrepreneur doit fournir un travail particulier qui requiert donc une technique et une compétence. Entreprendre, c'est ainsi faire, mais aussi savoir. Ce <<savoir>> fonde l'indépendance de l'entrepreneur et justifie ses obligations. Le*

commission de gestion, peut apparaître comme une véritable rémunération. Cependant, il existe une difficulté liée à la cause de cette rémunération qui, dans cette hypothèse, se trouverait partagée avec la cause de la production et du maintien de ses conditions de vente par le fournisseur, toutes deux se trouvant dans l'action du regroupement auprès de ses affiliés. La contrepartie des obligations de faire pesant sur le regroupement à l'achat, apparaîtrait alors, pour une part seulement, dans une rémunération des services rendus et, pour l'autre part, dans une contrepartie en forme de prestation de services. Ce qui, sur un plan purement contractuel serait acceptable, mais poserait certainement des problèmes au regard de l'ordre public économique. On peut également penser que l'existence de cet échange de prestations de services nécessiterait, peut-être, une requalification de la situation juridique. En effet, même si cette situation n'est pas en contradiction avec un contrat d'entreprise, ⁴⁴⁶ elle ne relève pas non plus complètement de cette convention.⁴⁴⁷ Elle apparaît, factuellement, comme un échange de prestations de services assorti d'une soule.

194. On peut déduire de ces différents développements, à notre sens, que l'analyse du référencement en stipulation pour autrui, même si elle doit également se décliner en plusieurs alternatives fonctionnelles, n'exclut pas la validité de ce concept comme réponse à la nature juridique du référencement pour les situations où sont observées des relations réciproques entre référenceur et référencés.

On sait, cependant, qu'à cette approche plurielle du référencement dans laquelle s'intègre la stipulation pour autrui, la doctrine majoritaire a préféré une approche en apparence unique du phénomène sous la forme d'un courtage ; thème qu'il convient, à présent, d'aborder.

faire est le préalable. On ne peut concevoir de contrat d'entreprise en l'absence de ces deux éléments. Ce sont eux qui caractérisent le contrat d'entreprise."

⁴⁴⁶ **M. Philippe DELEBECQUE**<<Le contrat d'entreprise>> Dalloz " Connaissance du droit" p 51 " *le prix n'est pas dans le contrat d'entreprise un élément essentiel de l'opération.*"

⁴⁴⁷ **M. Philippe DELEBECQUE**<<Le contrat d'entreprise>> Dalloz " Connaissance du droit" p 51 "*en cas d'échange de prestation de service ...on parle alors de <<bartering>>, d'échange, et, de fait, une prestation de service est bien échangée contre une autre prestation de service. Lorsque la prestation du maître n'est pas contraire à la loi pénale, cette convention à deux têtes dans laquelle on ne sait plus où se trouve la prestation caractéristique, est valable. Elle relève, cependant, davantage de l'innomé que du contrat d'entreprise."*

Section II : Une qualification unique au prix d'une liberté d'interprétation

195. L'exposé précédent des différentes hypothèses envisagées pour rendre compte de la relation de référencement débouche sur un constat : ces hypothèses apparaissent pour la plupart plausibles, mais présentent l'inconvénient de ne pas permettre de ramener le référencement à une situation juridique uniforme.

Cette vision polymorphe du référencement aurait pu prévaloir, mais ce n'est pas la voie qui semble avoir été choisie majoritairement par la jurisprudence qui croit déceler, dans les relations issues du référencement, la seule présence d'un courtage.⁴⁴⁸ Certes, cette solution serait intéressante en terme de sécurité juridique, car une qualification unique du référencement éviterait les interrogations pouvant naître de son interprétation. Cependant, nous verrons que cette alternative fonctionnelle, ne permet pas de s'affranchir totalement des modifications pouvant affecter l'objet et la cause de l'obligation caractéristique du référencement, et qu'elle doit, également, s'adapter aux mutations pouvant affecter cette relation. Cette contrainte explique que, concrètement, les analyses en courtage présentées recouvrent déjà deux hypothèses distinctes : la qualification en courtage simple et celle en double courtage. Cette dualité initiale formera, naturellement, le cadre de notre analyse. Nous verrons ainsi que, si la souplesse de la technique du courtage permet, dans le cadre d'une analyse classique en courtage simple, de rendre compte d'une grande part des problèmes fonctionnels nés du référencement (§1), il est néanmoins nécessaire de faire appel à une théorie nouvelle, basée sur l'existence d'un double courtage, pour couvrir l'intégralité des hypothèses nées de ce contrat complexe (§2).

⁴⁴⁸ Cette solution est, a priori, celle approuvée depuis un arrêt Unibis contre Sopegros : **Cour de Cassation Chambre commerciale 6 décembre 1988**, lettre de la distribution 1989/2, Lamy économique 1991 n°6160 p 1212.

§ 1) La place de la théorie du courtage dans l'analyse du référencement

196. Même si, historiquement, les contrats de mandat, de commission et de courtage ont été alternativement invoqués pour rendre compte du référencement, c'est incontestablement le contrat de courtage qui a toujours eu l'essentiel des faveurs de la doctrine et de la jurisprudence, au point que beaucoup d'auteurs, à l'instar de Mme André dans son ouvrage, considèrent cette question réglée et n'abordent même plus, ou de manière incidente, les opinions divergentes.

Si tel était le cas, il resterait fort peu de justifications à la présente étude et, précisément, nous estimons comme certaines décisions ou avis dissidents le laissent penser, que cette solution laisse encore de nombreuses zones d'ombre. De fait, bien qu'elle se soit imposée comme majoritaire depuis déjà longtemps, elle continue à être défendue ce qui est le signe, le plus évident, d'une stabilité précaire. Cela étant, cette analyse comporte néanmoins de nombreux atouts qui justifient que d'aucuns souhaitent la faire prévaloir. Les deux principaux sont :

- d'abord, sa faculté à uniformiser sous un même contrat une relation qui apparaît à l'observation, polymorphe ;
- ensuite, son corollaire qui est une souplesse naturelle de la technique contractuelle à épouser cette diversité.

On peut se demander, cependant, si cette souplesse n'est pas précisément, en soi, une limite à son premier avantage d'uniformisation juridique de la situation et, peut être, la principale raison de la défiance de certains auteurs et certains tribunaux. C'est ce qu'il conviendra de voir en premier lieu (A), avant d'en mesurer l'ampleur, ensuite (B).

A) Une théorie majoritaire mais contestée

197. L'analyse du référencement en courtage est incontestablement l'analyse majoritaire, la plupart des auteurs se sont rendus peu ou prou à cette appréciation.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ **M. BERNARD** Thèse Paris 1975 <<les coopératives de commerçants détaillants>> p 244 ; **MM. FABRE et SALES** : <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 43 n° 30 ; **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 218 n° 429, p 251 n° 480 ; **M. BENABENT** <<Le contrat de commission>> : Définition, formation, preuve, durée JCP Contrat distribution 1992 Fascicule 470 n° 20 ; **M. Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998

Cette analyse a, semble-t-il, été formulée initialement en 1972 par MM. Calais-Auloy et D.Schmidt, lors du colloque sur "les services communs d'entreprises" qui a abordé, pour la première fois, les problèmes liés au référencement.⁴⁵⁰ M. Bernard, dans sa thèse, en fait la qualification ordinaire du rôle du regroupement référenceur autour de laquelle vont se greffer ses différentes analyses.⁴⁵¹ Mme M.E André en a développé l'approche sous l'angle d'un double courtage : d'une part entre le regroupement référenceur et ses membres, d'autre part entre le regroupement référenceur et les fournisseurs référencés.⁴⁵² La particularité de cette analyse du référencement, c'est qu'elle apparaît comme majoritaire, dans la mesure où elle s'est très rapidement imposée dans la doctrine et la jurisprudence pour demeurer la plus employée, mais que, paradoxalement, elle n'est jamais parvenue à affirmer totalement sa suprématie ; comme l'attestent les opinions divergentes que nous allons exposer, qui régulièrement se font jour.

C'est sur ce paradoxe qu'il convient à présent de s'attarder, par un rappel de la situation jurisprudentielle (1), et des thèses doctrinales en présence (2).

1) Une théorie majoritaire reprise sans conviction par la jurisprudence

198. Cette interprétation du référencement en courtage a eu les faveurs de la jurisprudence.

Mme M.E André en avait dressé, à la sortie de son ouvrage, la liste exhaustive des décisions.⁴⁵³ La reconnaissance progressive de cette interprétation jusqu'à son

fascicule 345 p 8 n° 39 ; **J.M MOUSSERON** <<Technique contractuelle>>. 2ème édition 1999 p 63 n° 95 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 408 n° 813 ; **Michel PEDAMON** : <<Les relations entre l'industrie et la grande distribution : une nouvelle donne>> dans le colloque sur "Le contrat-cadre de distribution" Semaine Juridique Entreprise, supplément ¾ du 31 juillet 1997 p 59 ; **M.Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 10 n° 50. **M.DURANTON** <<Courtiers>> Répertoire commercial DALLOZ n° 186 à 197 ; **M. RETTERER** <<Contrat de référencement>> Jurisclasseur commercial p 2 n° 3 ; **Mme Martine BEART-TOUCHET**, *Transparence et Pratiques Restrictives*, févr.-avr. 2005 : *Revue Lamy de la concurrence* ; **Mme Alexandra MENDOZA-CAMINADE** <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011 p 172 n°605.

⁴⁵⁰ **Professeur Calais-Auloy et Professeur D.Schmidt** <<Les services communs d'entreprises>> IVème journée d'actualité de droit de l'entreprise LITEC 1973 p 60.

⁴⁵¹ **M.BERNARD** Thèse citée p 244.

⁴⁵² **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 218 n° 429.

⁴⁵³ Cette liste chronologique continue à faire référence, depuis la décision du **Tribunal de commerce de Paris le 2 juillet 1985**, via les décisions des tribunaux de première instance et les arrêts de Cours d'appel **CA Paris 21 mars 1986**, **TC Nanterre 14 janvier 1987**, **TC Paris 19 juin 1987 et 10 juin 1988**, **CA de Colmar 15 juillet 1988**, jusqu'à la consécration par la Cour de Cassation dans l'arrêt **Unibis contre Sopegros du 6 décembre 1988**. Cf. **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 216 n° 425 et suivants et jurisprudence citée, souvent inédite. Voir, néanmoins pour certaines décisions résumées et/ou commentées : **Tribunal de commerce de Paris 2 juillet**

adoption par la juridiction suprême, a pu permettre à cet auteur d'écrire que la discussion sur la qualification du référencement était, dorénavant, close.⁴⁵⁴ Appréciation justifiée à l'époque, s'agissant d'un arrêt de rejet intervenu après un ultime pourvoi tenté par la société Unibis, déjà déboutée en appel de sa tentative pour faire admettre que le regroupement agissait en mandataire, et au vu des termes a priori sans équivoques employés par la Cour : "*Attendu qu'ayant, par voie d'interprétation nécessaire des documents contractuels échangés par les parties, considéré que les commissions de gestion dues par la société Unibis portaient sur le chiffre d'affaires total traité avec les adhérents de la centrale d'achat au cours de l'année considérée, la Cour d'Appel a constaté que la SOPEGROS n'intervenait pas en qualité de mandataire pour la conclusion des opérations commerciales entre fournisseurs et adhérents et que son rôle consistait en une <<activité de courtage>>*".⁴⁵⁵

199. Cependant, si à notre connaissance aucun revirement de jurisprudence n'est apparu depuis cette date, quant à la qualification du regroupement référenceur, on constate, néanmoins, à la vue des quelques rares arrêts rendus dans ce domaine depuis 1988, qu'il n'y a pas vraiment eu, non plus, une nette confirmation de cette première prise de position.

Ainsi, dans un **arrêt du 16 janvier 1990 M.F Alimentaire contre SOPEGROS**, alors que dans le premier moyen MFA invoquait "*la qualité de courtier*" de SOPEGROS pour estimer qu'il n'avait pas rempli ses obligations en traitant avec des débiteurs insolvable, la Cour de Cassation se base exclusivement sur la teneur du contrat de référencement de la centrale d'achat pour écarter qu'une telle obligation ait été prévue. Elle s'abstient volontairement, du moins peut on le penser, de faire référence aux obligations naturelles pesant sur le courtier et de donner au regroupement cette qualification.⁴⁵⁶ Dans l'**arrêt du 23 octobre 1990, société Sole France contre SGCC**, précité, après avoir caractérisé les éléments

1985. Lettre de la distribution octobre 1985 p 4 ; **Tribunal de commerce de Paris 10 juin 1988.** Lettre de la distribution octobre 1988 et Petites affiches 28 octobre 1988 observations Sélinisky ; **Tribunal de commerce de Colmar 15 juillet 1988** Lettre de la distribution septembre 1988 Petites affiches 30 septembre 1988 observations Sélinisky ; **Cour de Cassation Chambre commerciale 6 décembre 1988**, lettre de la distribution 1989/2, Lamy économique 1991 n°6160 p 1212.

⁴⁵⁴ **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 217 n° 427.

⁴⁵⁵ **Arrêt de la chambre commerciale du 6 décembre 1988** Unibis contre Sopegro, précité.

⁴⁵⁶ **Cour de Cassation Chambre commerciale 16 janvier 1990**, Bulletin 1990 IV N° 16 p 10 : "*Mais attendu qu'en relevant que le contrat ne faisait aucune obligation à la société SOPEGROS de garantir la solvabilité de ses adhérents, qu'aucune stipulation de solidarité ne ressortait des éléments de la cause et que les contrats passés avec chacun des adhérents n'avaient pas pu en créer l'apparence, à l'égard de la société MFA ; que la société SOPEGROS n'avait donc pas à garantir le paiement des dettes de ses adhérents, qu'il n'était pas davantage prouvé qu'elle ait eu une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses adhérents et que, quand bien même elle l'aurait eu, il n'était pas démontré qu'elle y*

constitutifs d'un contrat de référencement, c'est sur les obligations issues de "*La nature du contrat de référencement*" et non sur celles du courtage, que sera écartée une éventuelle garantie de paiement du regroupement référenceur et une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses adhérents ; tandis que la qualification de courtier ne sera, de nouveau, pas employée.⁴⁵⁷ Dans un **arrêt du 28 mai 1991, société Mars contre société Sopegros**, la Cour de Cassation reprend la formulation de la Cour d'Appel de Colmar, dont la décision est attaquée, pour qualifier le rôle de la centrale de référencement comme étant "*... celui d'un intermédiaire qui faisait connaître les fournisseurs à ses adhérents et négociait les meilleures conditions des transactions à intervenir entre eux...*", alors même qu'il n'y a pas d'ambiguïté sur la qualité de la centrale, qualifiée "d'organisme référenceur" dans le contrat qui la lie au fournisseur. A aucun moment la cour ne qualifiera cette centrale de courtier, ni fera application des règles du courtage pour juger cette affaire, se bornant à reprendre l'argumentation de la Cour d'Appel relative à l'économie du contrat.⁴⁵⁸ Certes, dans un autre arrêt du même jour : **Société Unisabi contre société Sopegros**, la Cour de Cassation qualifiera la centrale de référencement de "courtier". Cependant ce ne sera là, de nouveau, qu'une reprise de l'argumentation et la qualification de la Cour d'Appel, en des termes qui laissent, néanmoins, planer un doute sur sa portée réelle d'arrêt de principe ou d'espèce, au regard du contexte créé par ses autres décisions : "*Mais attendu qu'après avoir relevé que la société Sopegros agissait en qualité de courtier entre ses adhérents et la société Unisabi, l'arrêt retient exactement qu'à défaut de stipulation spéciale, la société Sopegros n'était pas tenue " d'une quelconque obligation de vigilance dans la sélection de ses adhérents " et " de renseignement sur leur solvabilité " ; que le moyen n'est pas fondé...*".⁴⁵⁹ On constate, en effet, que le dispositif de cet arrêt est semblable à celui employé pour l'**arrêt Unibis contre Sopegros du 6 décembre 1988** précité, dans la mesure où la Cour de Cassation, après avoir relevé la qualification de l'opération en courtage par la Cour d'Appel, accepte d'en faire application. Cependant, on peut parallèlement remarquer que la dialectique est également la même que celle employée dans les trois autres arrêts que nous avons cités, où les juridictions concernées n'avaient pas qualifié l'opération en courtage, semblant y voir une relation sui generis. On peut donc légitimement se demander, en quoi on devrait privilégier l'avis de la juridiction

eut manqué, la Cour d'Appel a répondu, en les écartant, aux conclusions invoquées; que le moyen n'est donc pas fondé...".

⁴⁵⁷ **Cour de Cassation Chambre commerciale 23 octobre 1990**, Bulletin 1990 IV N° 257 p 180 ; Semaine juridique, Edition entreprise, 1991-10-24, n° 212, note G. HEIDSIECK.

⁴⁵⁸ **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1991**, Bulletin 1991 IV N° 196 p. 139.

⁴⁵⁹ **Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1991**, Bulletin 1991 IV N° 183 p. 130.

suprême quand elle accepte la qualification par une Cour d'Appel du référencement en courtage, par rapport à quand elle accepte d'une autre Cour d'Appel, qu'elle traite ce même référencement comme une relation sui generis ?

200. Notre sentiment est que, tous ces arrêts doivent être compris comme des cas d'espèce et que la Cour de Cassation refuse, en fait, de se laisser enfermer dans une position trop dogmatique.

Cette "souplesse" de la position de la Cour de Cassation était déjà sensible dès l'**arrêt du 6 décembre 1988 Unibis contre Sopegros**. En effet, son application des règles du courtage au référencement se révèle dérogatoire quant au devoir d'information pesant sur le courtier : *"Attendu que... la Cour d'Appel a constaté... que son rôle consistait en une <<activité de courtage>> pour laquelle, en l'absence de stipulations contractuelles précises, elle ne pouvait être présumée avoir souscrit à l'égard des fournisseurs une obligation d'information sur la solvabilité de ses adhérents."* ⁴⁶⁰Cette interprétation particulière avait été remarquée en son temps par Mme ANDRE et l'un des spécialistes du courtage M.Philippe DEVESA. Tous deux sont pourtant partisans de cette solution pour répondre au problème posé par le référencement. Mme ANDRE estime ainsi : *"Si nous adhérons sans difficulté à la qualification de départ du contrat de référencement comme contrat de courtage, nous sommes moins convaincus de la conclusion dégagée sinon par la cour de cassation, du moins, par la décision de la Cour de Paris du 21 mars 1986, objet du pourvoi, en raison de l'analyse traditionnelle faite des obligations du courtier."* ⁴⁶¹ M.DEVESA, pour sa part, estimait déjà que certaines Cours d'Appel n'avaient pas, d'après lui, tiré toutes les conséquences de la qualification de courtage du référencement, eu égard à l'obligation d'information de ses donneurs d'ordres quant à la solvabilité des partenaires présentés. Aussi s'insurge-t-il que **la Cour de Cassation**, dans l'**arrêt précité du 6 décembre 1988**, fasse de même : *" Ainsi, ces décisions, après avoir admis la qualification du contrat de référencement en tant que contrat de courtage, en ont tout simplement nié les conséquences dont les obligations pesant sur la tête du courtier, à savoir l'obligation d'information. La qualification de contrat de courtage appliquée au contrat de référencement est, elle, exacte, mais les conséquences qui en sont tirées, elles, ne le sont pas et ne respectent pas les obligations traditionnelles mises à la charge du courtier."* ⁴⁶² M. FERRIER estimera également, peu de temps après, à propos de décisions similaires

⁴⁶⁰ **Cour de Cassation, Chambre commerciale, 6 décembre 1988**, lettre de la distribution 1989/2, Lamy économique 1991 n°6160 p 1212.

⁴⁶¹ **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 251 n° 480.

*" Ces solutions nous paraissent discutables d'abord parce qu'elles alignent le régime juridique du référenceur sur celui du courtier sans faire peser sur le référenceur les obligations de renseignement mises à la charge du courtier...".*⁴⁶³

201. Pour notre part, le maintien de cette jurisprudence dérogatoire aux obligations d'un courtier que l'on retrouve dans l'arrêt précité de la **Cour de Cassation du 28 mai 1991** et dans d'autres arrêts ultérieurs, nous conforte surtout dans notre opinion que, sur cette question du régime juridique applicable au référencement, la position de la Cour de Cassation souffre d'une certaine ambiguïté.

Ambiguïté d'autant plus évidente que certains arrêts, évitant toute référence au courtage, continuent, parallèlement, à être observables dans la jurisprudence de la Cour suprême. On peut, ainsi, trouver une confirmation de cette hypothèse dans un **arrêt du 3 janvier 1995**, où la Cour de Cassation répondra négativement aux arguments du moyen visant à rendre la centrale de référencement débitrice de factures de marchandises, en détaillant les obligations de la structure de regroupement agissant en "*centrale de référencement*", sans jamais employer le terme de courtier.⁴⁶⁴ Pareillement, dans un **arrêt du 27 Février 1996** la Cour de Cassation se prononcera, conformément à la Cour d'Appel, pour la responsabilité d'une centrale de référencement en matière de contrefaçon pour les produits diffusés par son intermédiaire, sans jamais faire appel à la notion de courtage et aux obligations pesant sur le courtier ; qualification qui, peut-être, ne lui aurait pas permis de rendre une décision en ce sens.⁴⁶⁵ On peut également ajouter l'**arrêt de la Cour de Cassation du 14 Mars 2000**, qui ne conteste pas la qualification de mandat d'un contrat d'affiliation dans une opération pourtant, a priori, de référencement.⁴⁶⁶ En plus de ces interrogations sur l'opinion réelle de la Cour de Cassation, nous interpelle également celle des nombreuses Cours d'Appel qui, nous

⁴⁶² **M. Philippe DEVESA** <<Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 8 n° 39.

⁴⁶³ **M. Didier FERRIER** <<Groupement d'achat : obligation de garantie ou de renseignement quant à la solvabilité de ses adhérents>> Recueil Dalloz 1990 p. 374. Voir, dans le même sens : **M. Didier FERRIER** << Une centrale d'achat n'a pas l'obligation d'informer le fournisseur de l'éventuelle insolvabilité de l'un de ses adhérents>> Recueil Dalloz 1992 p 390.

⁴⁶⁴ **Cour de Cassation chambre commerciale 3 janvier 1995** SA Babylone distribution contre assurance crédit des entreprises Bulletin 1995 IV N° 5 p 5.

⁴⁶⁵ **Cour de Cassation Chambre commerciale 27 février 1996**, Bulletin 1996 IV N° 66 p. 52 "*Mais attendu qu'en retenant que la société Euromarché en procédant à un référencement des produits contrefaits sélectionnés par ses soins a joué un rôle d'intermédiaire entre la société La Grande surface de Millau et le distributeur, la Cour d'Appel a pu en déduire, répondant ainsi au moyen prétendument délaissé, qu'une telle activité constituait une participation essentielle à la commercialisation desdits produits et constituait un acte de contrefaçon*".

⁴⁶⁶ Cf. **Cour de Cassation Chambre commerciale 14 mars 2000** société Arco contre Société Soreau (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

l'avons vu précédemment, continuent de loin en loin à vouloir qualifier des opérations de référencement en contrat de commission ; même si sur ce point la position de rejet de la Cour de Cassation nous apparaît plus nette et plus justifiée.⁴⁶⁷ Quant à la position des autorités de la concurrence, on ne peut pas vraiment dire non plus qu'elle soit d'une grande clarté même si elle adhère à l'opinion dominante.⁴⁶⁸ On peut donc légitimement se demander, si la jurisprudence est réellement posée sur cette question de la qualité de courtier du référenceur, et si elle ne serait pas susceptible d'évolution. D'autant que, malgré l'opinion majoritaire de la doctrine dans le sens d'une qualification en courtage, de temps à autres, certaines critiques se font jour concernant cette appréciation.

2) La persistance de voix discordantes

202. Il existe, déjà, une critique ancienne émanant de BURST sur l'appréciation du référencement en courtage, souvent citée par les auteurs travaillant dans ce domaine. Elle concerne le problème de la qualité de donneur d'ordres des distributeurs membres.

BURST relève, ainsi, l'absence d'offre à rapprocher de celles des fournisseurs de la part des membres du regroupement à l'achat, ce qui différencierait la structure de regroupement d'un courtier : *"le courtier est un apporteur d'offre alors que le regroupement dans le cadre de la référencement est un chercheur d'offre."*⁴⁶⁹ Cette opinion, que ne partagent pas notamment Mme ANDRE⁴⁷⁰ et MM. MM.FABRE et SALES,⁴⁷¹ pose pourtant un problème d'importance eu égard au régime

⁴⁶⁷ Cf. Supra n° 150 et suivants.

⁴⁶⁸ Cf. **Conseil de la Concurrence Décision n° 03-D-39 du 4 septembre 2003** relative à la situation de la concurrence dans le réseau de franchise créé par la société Plus International. Dans cette décision le **Conseil de la Concurrence** affirme d'abord clairement la différence entre les centrales de référencement qualifiées de courtiers et les centrales d'achat *" La centrale de référencement agit en tant que courtier en mettant en contact les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés sans intervenir dans la conclusion des contrats de vente. La centrale d'achat stricto sensu agit en tant que commissionnaire en achetant aux fournisseurs, en son nom propre et pour le compte des distributeurs affiliés, sans conclure elle-même de contrat de vente avec ces fournisseurs. Toutefois, la pratique désigne aussi comme "centrales d'achat" des regroupements à l'achat qui agissent au nom et pour le compte des adhérents, dans une relation de mandant à mandataire."* Mais pour expliquer juste après que dans ce cas d'espèce : « *C'est cette dernière situation qui correspond à la structure mise en place par la société Plus International, le franchiseur intervenant en tant que centrale d'achat, sélectionnant les fournisseurs par le procédé du référencement et négociant avec eux, au nom et pour le compte des franchisés, dans le cadre d'un contrat de mandat."*

⁴⁶⁹ BURST "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises>> IVème journée d'actualité de droit de l'entreprise Litec 1973 précité p 54.

⁴⁷⁰ Mme M-E ANDRE <<Les contrats de la grande distribution>> p 215 n° 424.

⁴⁷¹ MM. FABRE et SALES <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 42 n° 28.

juridique du courtage sur lequel il convient de s'étendre un peu. On peut ainsi estimer que, si le regroupement n'est pas porteur d'offre à proprement parler, il est néanmoins porteur d'une invitation à entrer en pourparlers. Or, le Code de commerce et la jurisprudence, en matière de courtage, se contentent de définir ce contrat comme : l'action de rapprocher des personnes désireuses de conclure des opérations commerciales. Il n'est pas certain, de ce fait, que cette invitation à entrer en pourparlers pour un contrat-cadre de vente ne suffise pas à constituer une base suffisante pour que l'on puisse parler de courtage. C'est, notamment, l'opinion exprimée par Mme Françoise de Chasteignier : "*Le courtier se borne à rapprocher des parties tout en restant étranger au contrat, il ne fait qu'engager des pourparlers qui ne portent que sur des propositions provisoires à examiner en vue d'un accord à intervenir ultérieurement.*" ⁴⁷² Le professeur J. Calais qui fut le premier à critiquer l'opinion de BURST, lors de leur participation commune à la IVème Journée d'Actualités du Droit de l'Entreprise à Montpellier en 1972, avait déjà émis une idée semblable : "*On nous a dit que la référencement ne pouvait pas être un courtage parce qu'elle ne comptait pas d'offre, mais il semble que les tiers que l'on va trouver soient quand même indépendants ; on peut donc dire que l'intermédiaire qui pratique la référencement recueille les ordres de tiers et fait dans cette mesure un travail de courtier.*" ⁴⁷³ Cette critique avait été relayée par le Professeur D. SCHMIDT : "*Vous avez remarqué qu'il y avait une provocation d'offre de la part du fournisseur. Cette provocation de l'offre résulte bien d'un acte de volonté de la part des membres qui eux-mêmes se trouvent ainsi dans une situation au moins précontractuelle.*" ⁴⁷⁴ BURST s'était défendu de ces remarques, lors de cette même journée : "*Je dis qu'il n'y a pas courtage parce que je crois qu'il n'y a pas offre des membres ; il faut quand même pour le courtage qu'il y ait offre des membres pour obtenir une contrepartie.*". Cette précision de BURST éclaire un peu son opinion. En faisant référence à une contrepartie en terme d'offre, et à son absence de la part des membres du regroupement, il semble moins faire référence à un formalisme de l'action du courtier, qu'à l'état d'esprit qui prévaut dans la relation analysée, qui ne serait pas compatible, d'après lui, avec celle qui devrait exister dans un courtage. En cela, sa critique rejoint d'autres opinions plus récentes. En effet, les critiques les plus virulentes portent plutôt sur la qualité de courtier du regroupement référenceur.

⁴⁷² **Mme Françoise de Chasteignier** <<Contrat de courtage>> Jurisclasseur Contrat, Distribution, Fascicule 490 n° 50.

⁴⁷³ **Professeur J. Calais-Auloy**, <<Les services communs d'entreprises>> IVème journée d'actualité de droit de l'entreprise LITEC 1973 p 60.

⁴⁷⁴ **Professeur D. SCHMIDT**, <<Les services communs d'entreprises>> IVème journée d'actualité de droit de l'entreprise LITEC 1973 p 60.

203. Cette analyse de l'organisme référenceur en courtier ne fait, effectivement, pas l'unanimité. Certains auteurs ont émis quelques doutes concernant sa réalité.

Ainsi, Mme Sélinsky parlant de l'intervention des regroupements à l'achat estime que : *"la qualification de courtier doit être immédiatement écartée car le courtier se contente de rapprocher les partenaires potentiels, et le rôle du regroupement à l'achat ne se limite pas là : il négocie les conditions de transactions, fait pression sur les fournisseurs pour en obtenir de meilleures en faisant valoir le potentiel dû au regroupement des adhérents, etc. le groupement est incontestablement d'un côté : celui des distributeurs dont il défend les intérêts."*⁴⁷⁵ A l'analyse, cette critique rend compte de deux problèmes distincts :

- le fait que le regroupement soit le représentant des distributeurs membres,
- le fait qu'il agisse, à l'égard des fournisseurs, dans leur intérêt exclusif.

A la première remarque, semblent répondre les arguments de Mme ANDRÉ en faveur du courtage qui démontrent que, la qualité de mandataire de ses membres n'exclut nullement, pour une structure d'intégration à l'achat, celle de courtier. Cette opinion est conforme à la jurisprudence qui estime depuis longtemps qu'un mandataire puisse également être courtier.⁴⁷⁶ Cette position étant généralement celle observable dans la doctrine.⁴⁷⁷ Cependant, ce n'est pas tant la qualité de mandataire que le contenu du mandat, tel que l'exprime Mme Sélinsky, qui fera sortir l'activité du regroupement mandataire de celle d'un courtier. Ce n'est pas une mission de représentation que nous qualifierons de "neutre" à la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement, mais une véritable mission commerciale de négociation en faveur des distributeurs. Sur ce deuxième point, la remarque de Mme Sélinsky garde toute sa valeur. Plus récemment, alors que la qualification de courtage prévaut depuis déjà longtemps, quelques auteurs ont continué à émettre des avis divergents. Ainsi, Mme Martine Behar-Touchais et M.Georges Virassamy, dans leur ouvrage sur "les contrats de la Distribution", relèvent, eux aussi, les hésitations de la jurisprudence. Ils s'interrogent, de ce fait, sur la justesse d'une qualification en courtage ou en double courtage, dans lesquelles ils peinent à reconnaître les obligations nées d'un référencement, et spécialement, la nature de

⁴⁷⁵ **Mme SELINSKY** << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Arrêt Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988.

⁴⁷⁶ **Cour de Cassation Chambre civile 20 janvier 1931** D.H. 1931,115. Pour une décision plus récente : **1ère chambre civile de la Cour de cassation le 3 mars 1993** " *Le courtier CASTRASSUR mandaté par sa cliente WROUM service avait rempli et signé la proposition d'assurance au nom et pour le compte de la mandante.*"

⁴⁷⁷ **RIPERT ET ROBLLOT** << Traité de Droit Commercial >> tome 2. 17^{ème} édition 2004, précité. p 682 n° 2682.1 ; **Mme Françoise de Chasteignier** <<Contrat de courtage>> Jurisclasseur Contrat Distribution, Fascicule 490 p 3 n° 5 ; **M.Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 3 n° 3, p 12 n° 62 et suivants.

contrat-cadre du contrat d'affiliation et de référencement ; ces auteurs lui préférant la notion de stipulation pour autrui.⁴⁷⁸ Ils se basent, eux-mêmes, sur l'opinion d'autres auteurs ayant soutenu plus ou moins nettement cette solution, initialement prônée par BURST.⁴⁷⁹ D'autres opinions divergentes, encore, reprenant elles aussi les anciennes hypothèses obligent, fatalement, à s'interroger, au bout du compte, sur le caractère véritablement assis de cette opinion majoritaire ; à l'instar de ce qui a été dit concernant la position de la jurisprudence.⁴⁸⁰ Cependant, par-delà ces discussions doctrinales, l'important consiste surtout en la justesse de cette qualification et en la capacité de cette formule contractuelle à répondre de la diversité des relations nées du référencement. Ce sont ces problèmes qu'il nous faut, à présent, aborder.

B) Une hypothèse classique mais insuffisante

204. Un premier problème consiste à déterminer de quel contrat issu de l'opération de référencement le courtage est sensé prendre la qualification.

En effet, l'opération de référencement se présentant comme un groupe de contrats, la qualification de courtage peut porter aussi bien sur le contrat d'affiliation ou de groupement, que sur le contrat de référencement proprement dit. Sur cette question, la jurisprudence citée n'est d'aucune aide. Mme M.E André en faisait déjà le constat dans son commentaire de l'**arrêt Unibis contre Sopegros du 6 décembre 1988** : *"il faut ici s'entendre et préciser le contrat qui encourrait la qualification de contrat de courtage : le contrat d'affiliation - Solution possible au problème qui n'est pas ici traité - ou le contrat de référencement ?"*.⁴⁸¹ En fait,

⁴⁷⁸ **Mme Martine BEHAR-TOUCHAIS** et **M.Georges VISSARAMY** <<Les contrats de la Distribution>>.Traité des Contrats sous la direction de M.Jacques GHESTIN p 794 n° 1447 et suivants : *"La qualification de courtage ou de double courtage laisse dans l'ombre différents aspects de l'opération. C'est pourquoi une autre qualification, celle de stipulation pour autrui semble plus conforme à la nature de l'opération."*

⁴⁷⁹ **MM. G.CAS, R.BOUT et D.FERRIER** << Droit économique : Concurrence-Distribution-Consommation >> Lamy 1991 précité ; **M. Didier MARTIN** << La stipulation de contrat pour autrui >>D.S 1994 Chron., p 145 et suivantes.
Voir pour l'opinion initiale : **BURST** "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises>> Litec 1973, précité.

⁴⁸⁰ **MM. B.MERCARAL et P.MACQUERON** <<Le droit des affaires en France>> Edition 2013 Francis Lefebvre p 530 n° 21850 : *" Le contrat de commission est employé notamment parfois sous le nom de référencement, pour le fonctionnement des centrales d'achat regroupant les acquisitions de plusieurs distributeurs afin d'obtenir de meilleures conditions de prix et de livraison."* ; **RIPERT ET ROBLOT** << Traité de Droit Commercial >> tome 2. 17^{ème} édition 2004, précité. P 682 n° 2682-2 : *"La jurisprudence considère dans certains cas comme une opération de courtage le contrat de référencement...Mais l'organisme référencieur est aussi parfois un commissionnaire."*

⁴⁸¹ **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 218 n° 428.

c'est la doctrine qui a indiqué une tendance évidente au profit de l'analyse du contrat d'affiliation en contrat de courtage. C'est, cette analyse, qui peut être qualifiée de solution fonctionnelle classique du référencement quand il est apprécié comme un courtage, dont il conviendra, dans un premier temps, de déterminer les fondements (1) avant de préciser, en quoi elle a été adaptée pour rendre compte du référencement (2).

1) La compatibilité du courtage simple avec certains cas de référencement

205. Cette hypothèse d'une qualification de l'opération de référencement en courtage simple n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été envisagée dès 1972 par le professeur J.J BURST, pour l'écarter, et J.CALAIS-AULOY et D.SCHMIDT, pour la soutenir, lors du premier débat juridique sur cette question.⁴⁸²

BURST, dont on a déjà étudié les réserves quant à la situation de courtier du regroupement référenceur, exprimait ainsi sa vision de la situation : *"Le courtier est l'intermédiaire auquel une offre a été confiée et qui est chargé de trouver une contrepartie. Or, dans l'hypothèse envisagée, les membres n'ont fait aucune offre. Ils ont tout simplement demandé au regroupement de rechercher des conditions avantageuses. La différence entre le courtier et le groupement pratiquant la référencement peut s'exprimer dans la formule suivante: le courtier est un apporteur d'offres, alors que le groupement dans le cadre de la référencement, est un chercheur d'offre. En effet, le courtier apporte l'offre émanant de son donneur d'ordres à un tiers dont l'offre symétrique est appelée la contrepartie ; le groupement en référenciant le producteur cherche une offre sans en apporter. Il semble donc que la technique du courtage ne peut être retenue "*.⁴⁸³ Les termes de l'opinion exprimée par BURST ne laissent aucun doute sur le schéma de courtage envisagé, c'est nécessairement à un regroupement courtier, agissant au titre de ses membres donneurs d'ordres, que fait référence cet auteur. Même s'ils ne partagent pas son analyse, c'est pourtant, comme BURST, à cette hypothèse du simple courtage entre le regroupement et ses membres que les professeurs J.CALAIS-AULOY et D.SCHMIDT se réfèrent.⁴⁸⁴ Cette solution sera reprise par M.

⁴⁸² BURST, J.CALAIS-AULOY et D.SCHMIDT "Discussion" dans << Services communs d'entreprises >> Litec 1973, précité, p 57.

⁴⁸³ BURST "Le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises >> Litec 1973, précité, p 54.

⁴⁸⁴ Voir, discussion supra n° 202.

LE REFERENCEMENT

Bernard et MM. Fabre et Sales : le premier envisageant le courtage, en vertu d'une offre ou d'une promesse unilatérale de vente,⁴⁸⁵ les seconds, voyant dans le courtage la solution à leur hypothèse du référencement ouvert.⁴⁸⁶ C'est bien ainsi que l'avait également compris Mme M.E ANDRE.⁴⁸⁷ Pour chacun de ces auteurs, c'est bien la qualification en courtage du contrat d'affiliation ou de groupement qui est envisagée et entraîne la qualification en courtage de l'opération de référencement dans son ensemble, et non celle du contrat de référencement, au sens strict auquel nous employons cette terminologie. Ainsi, quand MM. Fabre et Sales parlent du courtage pour le référencement ouvert, il s'agit d'une situation dans laquelle ni le groupement, ni les fournisseurs, n'entendent s'engager l'un envers l'autre. La seule relation synallagmatique, dans ce cas de figure, étant celle intervenant entre le regroupement et ses membres, ce ne peut donc être qu'au niveau des rapports entre ces deux entités qu'ils envisagent un contrat de courtage. La façon dont ils dépeignent l'intervention du courtier ne laisse, d'ailleurs, planer aucun doute sur ce point : *" Après avoir pris contact et référencé le fournisseur et après avoir recommandé ce fournisseur à son adhérent, le regroupement a terminé sa mission."*⁴⁸⁸ M. Bernard vise, lui aussi, nécessairement, le contrat d'affiliation, quand il évoque le contrat de courtage, puisqu'il envisage successivement :

- *"le courtage en vertu d'une offre"*,⁴⁸⁹ c'est-à-dire un courtage en l'absence de contrat passé entre structure de regroupement et fournisseurs. Cette hypothèse impliquant forcément de voir le donneur d'ordres dans la seule situation véritablement contractuelle de la situation qui est, encore une fois, le contrat d'intermédiation entre le regroupement à l'achat et ses membres.

- *"le courtage en vertu d'une promesse unilatérale de vente des fournisseurs"*,⁴⁹⁰ dans ce cas, la qualification même de l'engagement des fournisseurs en promesse unilatérale exclut, de nouveau, l'existence d'un contrat de courtage entre ces derniers et le regroupement qui serait, alors, un contrat synallagmatique.

⁴⁸⁵ **M. BERNARD** Thèse citée p 244 n° 272.

⁴⁸⁶ **MM. FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 précité p 43 n° 30.

⁴⁸⁷ **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 215 n° 424 : *"La distinction entre apporteur et porteur d'offres, ne nous apparaît pas déterminante pour écarter la qualification de courtage même, nous semble-t-il, si la centrale occupe la position de porteur et non d'apporteur d'offres. Nous craignons ici encore que la critique vise la qualification comme contrat de courtage du contrat d'affiliation plus que celle du contrat de référencement. L'autonomie reconnue de cette convention conduit à mieux distinguer aujourd'hui qu'hier les deux figures."*

⁴⁸⁸ **MM. FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 précité p 43 n° 30.

⁴⁸⁹ **M. BERNARD** Thèse citée p 244.

⁴⁹⁰ **M. BERNARD** Thèse citée p 248.

On trouve confirmation de cette analyse dans les développements de M. Bernard, quand il écrit : " ... Dans l'hypothèse envisagée, les adhérents n'ont fait aucune offre, mais ont simplement demandé au groupement de rechercher des conditions avantageuses...".⁴⁹¹ C'est également à cette hypothèse que se range M. FERRIER quand il s'exprime sur la question : "*Le groupement ou la centrale peut alléger ses obligations et particulièrement sa responsabilité financière en se bornant à négocier les offres de fournisseurs pour obtenir des conditions de vente intéressantes au profit des distributeurs libres de leur acheter et entrant alors directement en relation avec eux. Le rôle du groupement ou de la centrale correspond alors à celui d'un courtier, puisqu'il revient à mettre en relation le fournisseur et les distributeurs donneurs d'ordres...*".⁴⁹² L'analyse classique du référencement en courtage simple, dans le sens où l'emploient la plupart des auteurs qui, comme nous venons de le voir, visent en fait plus exactement l'opération de référencement, se présente donc comme une assimilation, du contrat d'affiliation ou de regroupement, à un contrat de courtage, donnant mission au référencier de rentrer en pourparlers avec des fournisseurs. La réussite de ce contrat de courtage sera donc l'émission, par le fournisseur référencé, d'une offre ou d'une promesse de vente. On peut estimer qu'à l'exception essentielle de Mme André qui propose une autre solution,⁴⁹³ c'est dans cette analyse en courtage simple que se retrouvent la plupart des auteurs partisans du courtage pour répondre au problème posé par le référencement.⁴⁹⁴

206. Cette hypothèse n'est pas nécessairement exclusive de l'analyse fonctionnelle du référencement, telle qu'elle a été menée jusqu'à présent.

Ainsi, les situations dans lesquelles, en l'absence d'obligations réciproques entre fournisseurs référencés et référencier, le contrat de référencement était défini en contrat unilatéral, laissent parfaitement compatible cette analyse avec une vision corrélative de l'opération de référencement en courtage. Dans cette hypothèse, en effet, en l'absence de contrat synallagmatique entre la structure d'intégration à l'achat et les fournisseurs, le caractère unilatéral du contrat de référencement laisse libre la qualification du statut au titre duquel cette structure intervient au profit de ses membres. Nous avons envisagé, précédemment, que cette intervention soit faite en tant que mandataire ou entrepreneur, mais rien n'empêche d'envisager,

⁴⁹¹ **M. BERNARD** Thèse citée p 246.

⁴⁹² **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 408 n° 813.

⁴⁹³ Voir, Infra : Titre "**§ 2) L'hypothèse du double courtage**" p 244.

⁴⁹⁴ Voir également, cependant, l'opinion de M. Philippe DEVESA qui estime le contrat de courtage dual par nature, et comme une opération nécessitant obligatoirement deux donneurs d'ordres ; ce qui le rapprocherait de l'hypothèse de Mme ANDRE expliquant le référencement en un double courtage.

également, que le regroupement intervienne comme courtier. La qualification en courtage de l'opération de référencement, dans ce cas, peut parfaitement se justifier, dans la mesure où ce sera bien le courtage qui sera l'obligation caractéristique de cet ensemble contractuel complexe. En revanche, elle ne remet nullement en cause la qualification du référencement proprement dit, ni du contrat de référencement qui, comme nous l'avons précisé précédemment, en l'absence de relations réciproques entre fournisseurs et regroupement doivent, tous deux, être qualifiés de contrat unilatéral.⁴⁹⁵ Force est, cependant, de constater que si l'hypothèse du courtage simple que nous venons d'étudier n'est pas exclusive de l'analyse fonctionnelle que nous menons jusqu'à présent, elle ne couvre pas pour autant l'intégralité des relations complexes qui peuvent naître d'un référencement. Nous allons voir que ce constat, que d'autres ont fait avant nous, a justifié certaines adaptations.

2) Les limites de la solution fonctionnelle du courtage simple

207. L'analyse en courtage de l'opération de référencement, en l'absence d'engagement synallagmatique entre fournisseurs et regroupement à l'achat, apparaît donc, nécessairement, comme un contrat unique de courtage, ou simple courtage, débouchant sur un engagement unilatéral des fournisseurs.

Dans cette situation, il n'existe qu'une seule relation contractuelle pour une même mission : celle entre le courtier et un ou plusieurs donneurs d'ordres. Le regroupement, en l'espèce, va permettre l'accord sur la production d'une offre ou l'accord sur la production d'une promesse de vente qu'il conclura, nécessairement, au nom de ses membres en mandataire. Cet accord manifeste la réussite préalable de sa médiation, qu'il transmettra à ses membres pour leur acceptation. Ce qui correspond à une situation assez classique de courtage telle qu'elle a été précédemment définie : "*Le courtier a pour fonction de rapprocher deux personnes qui désirent conclure un marché...Son rôle consiste à rechercher au profit d'un vendeur la clientèle susceptible de l'intéresser ou bien, de proposer à un acheteur l'entreprise qui pourra satisfaire à ses besoins.*".⁴⁹⁶ C'est bien dans cette dernière hypothèse que nous nous trouvons. Son application au référencement présente,

M.Philippe DEVESA <<Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 6 n° 23.

⁴⁹⁵ Cf. Supra n° 176 et suivant.

⁴⁹⁶ **Mme Françoise de CHASTEIGNIER** <<Contrat de Courtage>> Jurisclasseur Contrat Distribution fasc. 490 p 3 n° 3.

donc, comme unique particularité, en raison des obligations pesant sur le fournisseur, le fait, pour le regroupement courtier, de devoir consentir en lieu et place de ses membres à l'engagement unilatéral des fournisseurs ; ce qui suppose qu'il soit également reconnu comme mandataire. On a vu, certes, que cette qualité de mandataire n'était pas incompatible avec les fonctions traditionnelles d'un courtier ; ⁴⁹⁷ cependant, il est indéniable qu'elle représente déjà, en soi, une adaptation du contrat de courtage aux particularités du référencement. Cette situation, dans laquelle n'existera qu'un contrat de courtage, avec comme donneurs d'ordres les membres du regroupement, et dans laquelle le courtier est de surcroît mandataire, justifie, en partie, le déséquilibre constaté par Mme Sélinsky du rôle du regroupement courtier au profit de ses membres. En effet, agissant sur l'ordre exclusif de ces derniers, il est concevable que ce soit essentiellement de ces derniers qu'il défende les intérêts. On peut donc penser les référencements ouverts et semi-ouverts, dans le cas d'un courtage simple, comme n'étant pas incompatibles avec les obligations pesant normalement sur un courtier. En effet, si leur statut suppose une certaine indépendance, cette indépendance ne signifie pas obligatoirement une neutralité.⁴⁹⁸ Certes, cette neutralité peut être exigible, si la seule fonction assumée par le courtier est un courtage stricto sensu. En revanche, cette neutralité n'est plus de mise si ce courtage s'accompagne d'une autre mission en mandataire ou, a fortiori, en commissionnaire comme ce cumul est autorisé par la jurisprudence.⁴⁹⁹ Dans ces circonstances, l'exigence d'une neutralité serait illusoire. On peut, donc, penser que la limite du rôle du courtier se trouve reportée à son indépendance par rapport au contrat, dont il ne doit jamais être partie.⁵⁰⁰

208. Il faut se demander si ces réflexions restent valables dans les cas où seraient reconnues, dans le contrat de référencement, des obligations synallagmatiques.

Il convient, à nouveau, de distinguer deux hypothèses :

- La première, est celle où le contrat de référencement révèle des obligations réciproques en terme d'achat et de vente, hypothèse que nous avons qualifiée de promesse synallagmatique de vente et d'achat. Il s'agit de la situation de

⁴⁹⁷ Cf. Supra n° 203.

⁴⁹⁸ **ROBLOT** Traité de Droit commercial Tome II p 610 n° 2682 "*Les courtiers sont des commerçants agissant en leur nom personnel en toute indépendance*".

⁴⁹⁹ **ROBLOT** Traité de Droit commercial Tome II p 610 n° 2682 "*La liberté qui leur a été donnée permet le cumul des professions. Certains courtiers font de la représentation et de la commission.*".

⁵⁰⁰ **ROBLOT** Traité de Droit commercial Tome II p 611 n° 26 84 : "*Le courtier est un intermédiaire qui rapproche les parties sans conclure lui-même le contrat*".

référencement qualifiée de fermée.

Cette situation n'est pas incompatible avec la précédente analyse en un courtage simple. En effet, ici, le regroupement référenceur apparaîtra comme courtier mandataire de ses membres, chargé de l'engagement en lieu et place de ses donneurs d'ordres, d'une certaine obligation en terme d'achat. On pourra dire, dans ce cas, que le courtier sera bien porteur d'offre de la part de ses donneurs d'ordres, selon la distinction opérée précédemment entre le courtier porteur d'offre et le référenceur chercheur d'offre. En l'occurrence, il s'agira d'une offre d'achat : "*Si le courtier de marchandise a pour attribution de mettre en rapport le vendeur et l'acheteur, qui concluront eux-mêmes l'opération, aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que le courtier reçoive par convention particulière, mandat de l'une des parties. Le mandant se trouve alors engagé par la signature du courtier* Cass. Civ. 20 janvier 1931.". ⁵⁰¹

- La deuxième, est celle dans laquelle sont observables des obligations réciproques, directement entre référencés et référenceur, relation que nous avons qualifiée de "stipulation pour autrui".

Dans la mesure où, comme nous l'avons souligné, un courtier ne peut jamais conclure lui-même le contrat qu'il permet entre les parties qu'il rapproche, la qualification en courtage du référencement n'est plus compatible avec la nature synallagmatique du contrat de référencement. En l'espèce, le regroupement ne pourra jamais, en tant que courtier, signer le contrat-cadre de fourniture en son propre nom, ce qui lui permettrait de stipuler au profit de ses membres. Dans cette hypothèse, une solution autre que le courtage et réservant le caractère de partie du contrat de référencement au regroupement peut, seule, correspondre à la volonté exprimée des cocontractants.

L'alternative fonctionnelle du courtage simple apparaît donc comme insuffisante pour rendre compte de toutes les mutations affectant le référencement. Cette constatation justifie l'alternative fonctionnelle proposée par Mme M.E André du double courtage.

⁵⁰¹ **Mme Françoise de CHASTEIGNIER** <<Contrat de Courtage>> Jurisclasseur Contrat Distribution fasc. 490 p 9 n° 39.

§ 2) L'hypothèse du double courtage

209. Même s'il est incontournable dans toute tentative d'appréhension de la nature juridique du référencement et permet, par sa souplesse, de rendre compte de certaines des formes que prend cette relation juridique, le concept de courtage trouve néanmoins des limites opératoires face à la variabilité de cause du référencement.

Ces limites sont rédhibitoires, elles ont pour nom : respect de la volonté des parties et déliquescence du concept même de courtage. C'est la raison pour laquelle il faut saluer la rigueur juridique de la proposition de Mme André. En effet, percevant les limites de l'approche d'un courtage simple, face à une volonté claire des cocontractants au contrat de référencement de faire du référenceur une vraie partie à ce contrat, et non pas seulement un intermédiaire, elle contourne l'écueil, en "découvrant", en plus du contrat de courtage traditionnellement invoqué pour les contrats d'affiliation ou de groupement, un autre contrat de courtage. Il concerne, cette fois, le contrat de référencement stricto sensu, c'est-à-dire le contrat entre référenceur et référencés. Cette analyse en double courtage, cumulée avec celle d'un courtage simple, permettant effectivement de rendre compte de toutes les mutations observables du référencement, le courtage apparaît, ainsi, comme la seule alternative fonctionnelle capable d'apporter une qualification unique à cette relation juridique.

L'intérêt principal de cette approche du double courtage étant de résoudre un certain nombre d'incompatibilités entre le courtage simple et le référencement, il convient nécessairement d'en comprendre les raisons, ce que nous ferons dans notre (A). Cependant, cette approche laisse encore certaines zones d'ombre que nous essaierons de mettre en évidence dans notre (B).

A) Une adaptation conceptuelle aux spécificités du référencement

210. Il apparaît logique de penser la qualification en courtage du contrat d'affiliation ou du contrat de groupement comme emportant, également, celle de courtage du contrat de référencement, dans la mesure où il est dans la nature juridique du courtier, intermédiaire indépendant, de générer dans son activité de rapprochement des offres le même type de relations à l'égard de chacun

des partenaires économiques qu'il rapproche.⁵⁰²

Il n'y a, de ce fait, qu'un pas à faire pour les imaginer comme étant l'un et l'autre ses donneurs d'ordres. Mme ANDRÉ, dans sa démonstration en faveur du courtage, a donc, sur ce point, déjà quelques raisons à envisager l'ensemble de l'opération d'approvisionnement en un double courtage : d'une part, entre les distributeurs membres et le regroupement à l'achat, d'autre part, entre les fournisseurs et ce même regroupement. Cette analyse apparaît, au premier abord, séduisante (1). Elle suppose, néanmoins, la réunion de certains facteurs essentiels pour assurer sa validité (2).

1) Une analyse séduisante

211. Mme André, poursuivant sa vision restrictive du référencement que nous avons précédemment exposée,⁵⁰³ expose ainsi sa théorie : *"Dans l'état actuel des choses, l'analyse de l'opération affiliation-référencement en un double courtage ayant, toujours, le groupement ou la centrale en position de courtier mais ayant comme donneur d'ordres l'adhérent ou l'affilié dans le premier accord et le fournisseur référencé dans le second nous paraît l'analyse la plus compatible avec la perception minimale de cette opération."*⁵⁰⁴

Cette proposition de Mme M.E André est capitale, dans la mesure où elle opère un bouleversement de l'étude que nous menions jusqu'à présent du référencement en courtage. La vision classique du référencement en courtage simple, consiste à analyser le contrat de référencement, stricto sensu, portant sur le contenu et éventuellement le maintien des conditions de vente des fournisseurs, comme étant passé entre ces derniers et la structure de regroupement agissant en courtier mandataire de ses membres. Celle-ci accepte cette offre, s'il s'agit d'un référencement ouvert, ou cette promesse de vente, s'il s'agit d'un référencement semi-ouvert, en leur lieu et place et promet éventuellement, en contrepartie, des achats de la part du regroupement des distributeurs. Dans ce dernier cas, on parle de référencement fermé. Cependant, cette vision "classique" laisse entier le problème de la prise en compte du référencement semi-fermé, c'est-à-dire quand

⁵⁰² Mme Françoise DE CHASTEIGNIER <<Contrat de Courtage>> Jurisclasseur Contrat Distribution fasc. 490 p 8 n° 37 : *" Etant un intermédiaire unique, le courtier est tenu d'agir au profit, non seulement du vendeur mais également de l'acheteur, qui sont tous les deux ses clients, et avec qui il se trouve lié, également par un contrat professionnel."*

⁵⁰³ Voir, supra : n° 124.

sont caractérisées des obligations réciproques entre référenceur et référencés. Dans son analyse du double courtage, Mme M.E André entend le contrat de référencement non pas comme un contrat unilatéral, mais comme un contrat synallagmatique de courtage, incluant une clause de maintien des conditions de vente en contrepartie d'obligations spécifiques pesant sur le regroupement courtier, permettant de résoudre cette situation du référencement semi-fermé.

212. Cette théorie pose, en retour, la question de sa compatibilité avec les autres situations de référencement ; même si, comme nous l'avons vu, cet auteur en tire la conclusion qu'il ne s'agit pas là, véritablement, de situations de référencement.⁵⁰⁵

De fait, cette analyse a pour première conséquence de rendre caduque la vision du référenceur en courtier mandataire de ses membres, quand sont observables des relations réciproques entre la structure de regroupement courtier et les fournisseurs. Dans cette hypothèse du double courtage, l'engagement du fournisseur de produire et de maintenir ses conditions de vente en vue de la réalisation de futurs contrats d'achat/vente avec les distributeurs, trouve sa contrepartie dans les obligations pesant sur le référenceur, et c'est en son nom propre que ce dernier contractera. Cette nouvelle approche implique donc, également, comme nous l'avons antérieurement analysé, que l'organe d'intégration à l'achat doive stipuler au profit de ses membres.⁵⁰⁶ Elle constituera, de ce fait, une nouvelle application de la distinction que nous avons opérée entre référencement et contrat de référencement. En effet, cette stipulation pour autrui ne forme plus l'essence, le caractère principal du référencement qui apparaît, ici, comme un courtage. Cependant, l'appel à la stipulation pour autrui reste néanmoins nécessaire pour qualifier la situation née du contrat de référencement, dans la mesure où cette explication est la seule permettant aux distributeurs d'exiger l'accomplissement, par les fournisseurs, des contrats de vente aux conditions négociées lors du référencement ; comme Mme M.E André en a admis le principe.⁵⁰⁷ Pour déterminer la validité de cette théorie, il convient donc de vérifier dans quelle mesure les obligations contractuelles réciproques constatées entre fournisseurs référencés et regroupement référenceur, c'est-à-dire issues du contrat de référencement au sens strict, peuvent s'identifier aux obligations normales entre un donneur d'ordres et un courtier. Cela suppose, naturellement, de se reporter de

⁵⁰⁴ **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 218 n° 429.

⁵⁰⁵ Voir, supra : n° 124.

⁵⁰⁶ Cf. Supra : n° 186.

⁵⁰⁷ **Mme M.E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 257 n° 490 ; p 276 n° 527.

nouveau à l'analyse qu'a fait des obligations issues du contrat de référencement l'auteur à l'origine de cette interprétation : Mme M.E André. *"Malgré la diversité des suppléments qui peuvent revêtir l'opération de référencement, une lecture minimale du contrat de référencement est possible: les fournisseurs devront maintenir leur offre aux affiliés pendant un certain temps et verser diverses sommes aux groupements et centrales qui, en contrepartie, devront diffuser ces offres à leurs affiliés et en favoriser l'acceptation."*⁵⁰⁸ La possible compatibilité d'un contrat d'affiliation ou de groupement avec un courtage étant reconnue, cela implique que celle du contrat de référencement avec les obligations nées d'un courtage, fût-ce au prix d'une certaine souplesse dans l'analyse, validerait définitivement cette théorie. Pour vérifier cette compatibilité, il n'y a qu'un moyen, c'est de disséquer les obligations réciproques des parties et les observer au regard des règles du courtage.

2) Une qualification en courtage du contrat de référencement

213. En ce qui concerne d'abord les obligations pesant sur les fournisseurs.

Si l'on analyse ces obligations, on constate que :

- produire une offre d'un contenu déterminé à des destinataires déterminés en est l'expression minimum,
- maintenir cette offre pendant une durée déterminée en est une obligation habituelle,
- payer la commission de gestion à la structure de regroupement est également une obligation généralisée dans cette relation.

Si l'on compare ces obligations à celles pesant normalement sur un donneur d'ordres, elles n'apparaissent pas incompatibles, a priori, avec le droit commun du courtage. D'abord, le courtier étant un "apporteur d'offre", comme l'a défini BURST,⁵⁰⁹ le fait que le donneur d'ordres produise une offre, voire s'engage à la maintenir, ne peut apparaître comme dérogatoire à ses obligations normales nées d'un courtage. On peut penser, effectivement, qu'un contrat de courtage implique, par nature, qu'une offre de vente transmise à un courtier doit être maintenue tant que le contrat de courtage n'a pas été résilié et implique, également, d'effectuer les

⁵⁰⁸ Mme M.E ANDRE <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 212 n° 420.

⁵⁰⁹ BURST "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans "Services communs d'entreprises" Litec 1973, précité, p 54.

ventes nées de son acceptation. C'est en tout cas l'avis d'auteurs spécialistes de ce contrat, c'est également le nôtre.⁵¹⁰ De la même façon, la possible transmission d'une promesse de vente par l'intermédiaire d'un courtier a été admise, de longue date, par la jurisprudence.⁵¹¹ Enfin, le principe de la rémunération du courtier par ses donneurs d'ordres est de droit commun en matière de courtage.⁵¹² On observe, donc, une assez grande conformité des obligations pesant sur les fournisseurs référencés avec celles pesant, normalement, sur un donneur d'ordres.

214. Il convient, à présent, d'analyser également les prestations de l'organisme référenceur au filtre de ce contrat de courtage.

En ce qui concerne les obligations pesant sur la structure de regroupement, Mme M.E André évoque, d'abord, une diffusion des offres des fournisseurs référencés. Elle voit, dans cette communication des offres aux distributeurs membres, la principale obligation pesant sur le référenceur.⁵¹³ C'est l'opinion qui avait prévalu lors de la table ronde sur les centrales d'achat.⁵¹⁴ Cette opinion est suivie par la majeure partie des auteurs.⁵¹⁵ Elle s'exprime, également, dans certaines conclusions de la jurisprudence.⁵¹⁶ Cette obligation de "portage" des offres des affiliés, trouve son expression pratique sous diverses formes. Il peut s'agir :

- de la distribution d'un catalogue,⁵¹⁷

⁵¹⁰ Voir, en ce sens : **M.Philippe DEVESA** << l'opération de courtage >> LITEC 1994 p 333 n° 510 ; **Mme Françoise de CHASTEIGNIER** Jurisclasseur Contrats Distribution << contrat de courtage >> fascicule 490 p 13 n° 60.

⁵¹¹ **Cour de Cassation req. 29 avril 1903** D p 1904 1 p 135 note planiol. Voir, sur ce point **Mme Françoise DE CHASTEIGNIER** Jurisclasseur Contrats Distribution << contrat de courtage >> fascicule 490 p 13 n° 60 ; **M.Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres >> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 n° 105 et suivants.

⁵¹² **M.Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres >> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 n° 74 et suivants ; **Mme Françoise DE CHASTEIGNIER** Jurisclasseur Contrats Distribution << contrat de courtage >> fascicule 490 n° 55 et suivants.

⁵¹³ **MME M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution >> précité p 242 n° 470 : "*L'obligation caractéristique du référenceur est de porter vers les affiliés l'offre émanant du référencé*".

⁵¹⁴ **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat >> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. p 10 et 11.

⁵¹⁵ Voir, notamment **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 81 n° 112 ; **MM. MM FABRE et SALES** s'agissant d'un référencement ouvert ou fermé <<regroupements à l'achat >> LITEC 1984 p 44 n° 31 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution >> Litec 6^{ème} édition p 409 n° 815. Opinion à laquelle se rangent également **MM. DELBARRE** et **LAVABRE** Dalloz 1985 Chronique XXIX p 166, alors même que leur analyse de l'opération de référencement diverge puisqu'ils y voient un mandat.

⁵¹⁶ Voir, **Cour d'Appel de Paris 27 Nov. 1987** Lettre de la distribution 1988. 9.

⁵¹⁷ **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat >> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. p 10 et 11. ; **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ? >> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 81 n° 112 ; **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution >> précité p 157 n° 322, p 212 n° 420 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution >> Litec 6^{ème} édition p 409 n° 814 ; **MM. DELEBARRE et LAVABRE** Dalloz 1985 Chronique XXIX p 166. Voir, pour un exemple jurisprudentiel : **Cour d'Appel de DOUAI 5 décembre 2002** (Disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

- de réunions d'information. ⁵¹⁸

La deuxième obligation, pouvant peser sur l'organisme référenceur, consiste à favoriser les offres des fournisseurs auprès de ses adhérents. Elle a également été évoquée par quelques auteurs,⁵¹⁹ ainsi que par la jurisprudence,⁵²⁰ même si ces exemples sont anciens et n'ont pas vraiment été confirmés. Il s'agit, à présent, de comparer ces obligations avec celles pesant normalement sur un courtier. Si l'on se base sur la définition du courtier donnée par RIPERT et ROBLOT, il s'agit d'un "*commerçant dont la profession consiste à rapprocher les personnes qui désirent contracter en faisant connaître à chaque partie les conditions de l'autre, s'efforce d'arriver à une conciliation des intérêts.*".⁵²¹ Il s'ensuit, cette activité d'entremetteur constituant l'objet de ce contrat, que l'obligation principale consiste à faire "*connaître à chaque partie les conditions de l'autre*", ce qui est une obligation de faire mais, également, une obligation de résultat. Si l'on effectue la comparaison avec les obligations découlant du contrat de référencement il apparaît, effectivement, une convergence avec l'obligation du référenceur de faire connaître les offres des fournisseurs à ses membres qui peut s'assimiler, également, à une obligation de résultat. On estimera, donc, qu'il n'y a pas lieu ici de distinguer cette situation de celle issue du droit commun du courtage. La troisième obligation éventuelle du référenceur née d'un contrat de courtage constituant le fait de "*s'efforcer d'arriver à une conciliation des intérêts des parties*" peut, pour sa part, s'analyser en une obligation de moyen. Elle peut aussi, éventuellement, converger avec l'obligation pesant sur la structure de regroupement à l'achat de favoriser auprès de ses membres les offres du fournisseur qui, elle aussi, peut s'analyser comme une obligation de moyen. Il n'y a donc pas lieu ici, non plus, de distinguer cette situation de celle issue normalement d'un courtage. De la même façon, la réalisation de l'ensemble des obligations du courtier justifiant sa rémunération, sous ce régime juridique du courtage, on peut en déduire - si l'on suit la logique juridique à laquelle conduit cette analyse du contrat de référencement - que la réalisation de l'obligation de communication des offres et celle de favoriser leur

⁵¹⁸ Voir, annexe 4 : fonctionnement de la centrale d'achat LE GALEC. Voir également : **Isabelle BAUDET** <<Négociations commerciales dans les relations B to B : Guide pratique>> éditions LARCIER p 24.

⁵¹⁹ **J.M MOUSSERON** <<Technique contractuelle>>. 2ème édition 1999 p 63 n° 95 parlant du référencement : "*Il crée à la charge du référenceur l'obligation de diffuser l'offre négociée auprès du référencé vers les membres du groupement ou affiliés à la centrale et d'en favoriser l'acceptation par ceux-ci par l'éventuelle mise en œuvre des clauses de quota, minima, exclusivités présentes dans le contrat de groupement et/ou d'affiliation.*" Dans le même sens : **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 212 n° 420.

⁵²⁰ **Tribunal de Commerce de Paris 28 septembre 1988**, inédit. Petites affiche 28 octobre 1988 n°130 p 6 note Sélinsky.

⁵²¹ **RIPERT ET ROBLOT** << Traité de Droit Commercial >> tome 2. 17^{ème} édition 2004, précité. p 680 n° 2679.

acceptation pesant sur le regroupement courtier justifie, également, sa rémunération sous la forme de la "commission de gestion" perçue. L'appréciation en courtage du contrat de référencement pourrait, donc, rendre assez justement compte des situations juridiques issues du référencement. Cette conformité apparente n'est pas sans soulever des interrogations.

B) Une solution discutable

215. Pour séduisante qu'elle soit, la théorie du double courtage se heurte à quelques objections.

Ainsi faut-il s'attarder, un moment, sur les conséquences d'une qualification en double courtage de l'opération de référencement. En effet, si l'analyse de l'opération de référencement en un double courtage entraîne la perception du contrat d'intermédiation et du contrat de référencement en contrat de courtage, elle implique, du même coup, une interdépendance entre ces deux contrats pour l'appréciation du bien fondé de la qualification. Cette théorie n'échappe donc pas à l'identité de "contrat complexe" du contrat de référencement et de l'opération dans laquelle il s'insère.

Cela pose un certain nombre de difficultés, dont certaines finissent par apparaître réductrices.

1) Les difficultés de mise en œuvre du double courtage

216. Cette interdépendance pose un premier problème au regard de la critique de Mme Sélinsky, citée précédemment, sur le déséquilibre constaté de l'intervention du courtier au profit de ses membres.⁵²²

Nous avons vu que ce déséquilibre pouvait se justifier dans l'hypothèse du courtage simple, compte tenu des caractères spécifiques du contrat de courtage passé entre le regroupement et ses membres.⁵²³ Sa justification, dans la situation actuellement envisagée du double courtage, pose la question sous un angle nécessairement différent. Deux remarques peuvent être faites sur ce problème concernant la

⁵²² Cf. Supra : n° 203.

⁵²³ Cf. Supra : n° 207.

qualité de "chercheur d'offre" du référenceur et sa mission de "lobbying" sur le fournisseur, sur lesquelles on peut légitimement s'interroger :

- Premièrement, sur l'action de chercheur d'offre, pour savoir si le regroupement étant investi d'obligations annexes à celles issues du courtage à l'égard de l'un de ses donneurs d'ordres, cela ne l'entraîne pas à privilégier ses intérêts au détriment de son autre donneur d'ordres.

- Deuxièmement, concernant la mission de lobbying, au regard de l'exacte qualification en courtier d'un intermédiaire sensé recevoir, par l'un de ses donneurs d'ordres, la mission d'exercer une pression commerciale à l'égard de son autre donneur d'ordres. ⁵²⁴

Ces questions posent le problème de la reconnaissance, en droit français, de la théorie du "conflit d'intérêt", développée en Suisse et fort bien rapportée par M. Philippe Devesa : *" Lorsque l'on parle d'un double courtage, cela signifie nécessairement que le courtier a deux donneurs d'ordres et, donc, qu'il perçoit deux rémunérations. D'où l'existence d'un éventuel conflit d'intérêt pouvant porter préjudice à l'un des donneurs d'ordres du courtier. Ainsi, la possibilité d'un double courtage ne pourra être admise qu'en l'absence de tout conflit d'intérêt."* ; ⁵²⁵

même si cet auteur n'y semble, finalement, pas favorable. ⁵²⁶ Les conséquences juridiques de cette théorie seraient de ne pouvoir reconnaître, dans la relation entre le courtier et le donneur d'ordres lésé, un contrat de courtage. D'une relation de double courtage, on passerait donc à un courtage unique. ⁵²⁷ Les implications pour notre sujet d'une telle discussion sont assez importantes. En effet, par l'existence d'un contrat de référencement comportant des obligations réciproques, nous ne sommes pas dans l'hypothèse d'un courtage entre regroupement et fournisseur induit par le courtage préexistant entre regroupement et distributeurs membres, mais bien dans l'hypothèse d'un véritable contrat synallagmatique. Ce contrat, généralement écrit, ne peut, de ce fait, être simplement considéré comme inexistant ou seulement comme la conséquence matérielle du contrat intervenu entre la structure d'intégration à l'achat et ses membres. La constatation, en l'espèce, d'un conflit d'intérêt interdisant la qualification en courtage du contrat de référencement poserait alors, de nouveau, le problème de sa qualification.

217. La reconnaissance de cette théorie et son application aux

⁵²⁴ **BURST** "le choix du lien unissant le groupement à ses membres" dans << Services communs d'entreprises>> Litec 1973, précité, p 54.

⁵²⁵ **M.Philippe DEVESA** << l'opération de courtage>> LITEC 1994 p 375 n° 561 et suivants.

⁵²⁶ **M.Philippe DEVESA** << l'opération de courtage>> LITEC 1994 p 379 n° 569.

⁵²⁷ **M.Philippe DEVESA** << l'opération de courtage>> LITEC 1994 p 375 n° 567.

particularités du référencement n'aurait, d'ailleurs, pas que des incidences sur la réalité de la relation de courtage entre le référenceur et les fournisseurs.

En effet, on peut penser, également, qu'elle en aurait sur celle entre la structure de regroupement et ses membres. N'avons nous pas relevé que cette structure serait, par une clause du contrat de référencement, investie d'une mission de favoriser ses offres auprès de ses membres et pourrait même, selon MOUSSERON, s'engager à exercer, le cas échéant, les disciplines du regroupement ? ⁵²⁸ Le conflit d'intérêt est également patent au terme de ce contrat. C'est donc toute l'opération de référencement qui pourrait ne pas mériter la qualification d'opération de courtage. Peut être serait-il préférable, alors, pour interpréter cette situation, à l'instar de l'opinion exprimée par M.DEVESA et s'agissant de relations économiques et commerciales, d'analyser avec plus de souplesse l'état juridique de ces relations. On pourrait, certes, constater comme Mme Sélinsky une certaine contradiction entre la position de courtier, indépendant par nature, et une prestation de services incluant à un certain degré une mission de pression sur l'un des donneurs d'ordres, ⁵²⁹ mais en tenant compte :

- d'une part, que la jurisprudence n'a jamais cessé d'admettre des obligations annexes à celle de courtier proprement dit, qui telles que celles de mandataire ou de commissionnaire posent, elles aussi, des questions quant à leur compatibilité avec une indépendance du courtier conçue de manière trop rigide, obligeant son statut à évoluer ;
- d'autre part, que cette mission particulière que l'on constate, recouvre le même objectif de favoriser la conclusion d'actes de vente que celle dont le courtier est investi par son autre donneur d'ordres ;
- enfin, que la neutralité du courtier, exigée en l'espèce envers ses deux donneurs d'ordres, reste assurée par la responsabilité contractuelle qu'il encourt à leur égard. ⁵³⁰

On pourrait, donc, estimer que ces différentes obligations ne sont pas nécessairement incompatibles, sous réserve que, dans son ardeur à favoriser les contrats, le courtier n'induisse pas en erreur l'un de ses donneurs d'ordres. Ce premier problème pouvant ainsi trouver une solution, resterait encore à résoudre la principale difficulté à laquelle se heurte, d'après nous, l'admission de la théorie du double courtage : la qualification en courtage de la relation référenceur/référencés,

⁵²⁸ Cf. Supra : Titre "**§ 2) Les alternatives fonctionnelles reposant sur les engagements du référenceur**" p 216.

⁵²⁹ **Mme Françoise DE CHASTEIGNIER** <<Jurisclasseur Contrats Distribution>> fascicule 490 n° 4 ; **M.Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 p 5 n° 18 ; **M. Guy DURANTON** <<Répertoire commercial DALLOZ>> "Courtiers" p 2 n° 3.

c'est-à-dire du référencement au sens strict.

2) les limites du double courtage

218. Le principal problème que pose cette théorie du double courtage, a trait à l'assimilation pure et simple du contrat de référencement à un contrat de courtage et de l'opération de référencement à un double courtage ; assimilation qui remettrait en cause nos conclusions du chapitre précédent quant à la qualité sui generis de l'objet du référencement.

Cette hypothèse ne semble pas être sérieusement envisageable. On peut tout d'abord considérer, en reprenant le même raisonnement que dans le chapitre précédent, que le double courtage est, en soi, un aménagement théorique de ce contrat d'intermédiation en vue de "coller" à la réalité commerciale du référencement et, qu'à ce titre, c'est un élément suffisant pour qu'on lui puisse garder sa nature sui generis.⁵³¹ Déjà, on constate que la qualification de l'opération de référencement en un double courtage, entraîne la perception du contrat d'intermédiation et du contrat de référencement, au sens strict, en deux contrats de courtage. Elle implique donc, du même coup, une interdépendance entre ces deux contrats pour l'appréciation du bien fondé de la qualification, interdépendance qui est une des caractéristiques de l'opération de référencement. On peut donc penser que nos conclusions précédentes, quant à la distinction du contrat d'affiliation ou de groupement d'un contrat de courtage, gardent toute leur valeur dans cette nouvelle hypothèse.⁵³² En effet, si l'objet de ces contrats constituant une opération de courtage reste distinct de celui du référencement, c'est que le référencement n'est pas assimilable à ces contrats. Or, on constate en premier lieu que : si dans la définition que nous avons admise du référencement l'objet de cette relation contractuelle porte, précisément, sur *"la production de conditions de vente dont les distributeurs pourront directement se prévaloir pour réaliser leurs achats."*,⁵³³ l'objet d'une opération de courtage reste celui de droit commun en matière de courtage ; il consiste à rapprocher les personnes qui désirent contracter en faisant connaître à chaque partie les conditions de l'autre, en s'efforçant

⁵³⁰ **Mme Françoise DE CHASTEIGNIER** <<Jurisclasseur Contrats Distribution>> : fascicule 490 n° 52.

⁵³¹ Voir Supra n° 166, nos conclusions sur le caractère sui generis du référencement.

⁵³² Même référence n° 166.

⁵³³ Cf. p 50.

d'arriver à une conciliation des intérêts.⁵³⁴ Cet objet est donc distinct de l'objet du référencement. Il n'en reste pas moins que, le contrat de référencement proprement dit et le contrat de courtage passé entre fournisseur et la structure de regroupement, semblent recouvrir une même réalité juridique, dans la mesure où, l'un comme l'autre, permettent aux membres d'un regroupement à l'achat de se prévaloir directement des conditions de vente d'un fournisseur. Cependant, cette identité n'est qu'apparente. En effet, on constate en second lieu que : la distinction entre ces deux contrats se trouve dans l'origine des conditions de vente. Dans un contrat de courtage, celles-ci sont proposées par le fournisseur et seulement "apportées" à leurs bénéficiaires, conformément à la définition de BURST du rôle d'un courtier. Dans un contrat de référencement, en revanche, ces conditions de vente sont négociées préalablement entre le regroupement référenceur et le fournisseur.

219. La même conclusion d'une impossibilité d'assimilation du contrat de référencement à un courtage s'impose, si l'on raisonne en terme de cause.

Dans l'application du régime juridique du courtage au référencement, si les obligations pesant sur la structure de regroupement de communiquer les conditions de vente des fournisseurs et éventuellement de les favoriser auprès de ses membres peuvent être assimilées à celles d'un courtier, c'est en trouvant leur cause dans la rémunération accordée par le, ou les donneurs d'ordres. Or, dans une relation de référencement dans laquelle sont constatées ces obligations, c'est en contrepartie de la production et du maintien des conditions de vente, dont pourront se prévaloir les distributeurs membres d'un regroupement à l'achat, que se trouvent leur cause. Ces conclusions écartent-elles nécessairement l'hypothèse envisagée par Mme M.E André du double courtage ? Ce n'est pas certain. Dans sa théorie du double courtage, Mme M.E André, reprenant l'idée de MOUSSERON, voit dans l'obligation de favoriser l'offre ou la promesse auprès de ses membres après l'avoir transmise - c'est-à-dire dans l'exercice des "*disciplines de l'affiliation*" -, la prestation réciproque à celle des fournisseurs de maintenir leurs offres en plus de la justification de la commission de gestion versée.⁵³⁵ Elle évoque, à l'appui de sa proposition, une obligation de recommandation du référenceur envisagée par la **Cour d'Appel de Paris** dans l'**arrêt du 27 novembre 1987** (inédit), cité dans son ouvrage. Le problème c'est que l'on sait, à présent, que cet arrêt n'a pas fait

⁵³⁴ **RIPERT ET ROBLLOT** << Traité de Droit Commercial >> tome 2. 17^{ème} édition 2004, précité p 680 n° 2679.

⁵³⁵ **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 256 n° 488.

jurisprudence.⁵³⁶ Si l'on cherche à rendre cette théorie compatible avec nos propres conclusions, il faut affecter à l'obligation incontestablement caractéristique d'un courtier, que représente la transmission des conditions de vente, sa contrepartie normale dans le cadre d'un courtage, c'est-à-dire une rémunération. On constatera, alors, l'existence de cette contrepartie dans les obligations pesant sur les fournisseurs, sous la forme de la "commission de gestion". En revanche, restera extérieur aux obligations pesant naturellement sur un courtier, le fait de favoriser les offres du fournisseur. En effet, cette obligation apparaîtra généralement excessive au regard du cadre juridique d'un courtage. Cette même conclusion s'imposera quand sera invoquée, à l'encontre de l'organisme référencier, l'autre obligation que Mme M.E André et certains auteurs estiment également caractéristique du référencement : celle d'exercer les disciplines du regroupement.⁵³⁷ A travers la confrontation des obligations respectives de ces deux contrats, on constate que les obligations pesant traditionnellement entre un courtier et un donneur d'ordres, si elles semblent parfois compatibles avec celles issues d'un contrat de référencement, apparaissent finalement insuffisantes pour rendre compte, à elles seules, de toutes les obligations nées de ce contrat. C'est, précisément, cette particularité qui justifie l'érection du contrat de référencement en un contrat sui generis et non son assimilation pure et simple à un courtage. L'hypothèse du double courtage prônée par Mme M.E André, ne peut donc apparaître que comme une solution fonctionnelle supplémentaire pour rendre compte des obligations issues du référencement. Encore faut-il, pour que cette solution soit validée, que les particularités du contrat de référencement puissent se concilier avec le régime juridique d'un courtage. Ce problème s'inscrit dans la perspective, plus large, d'une conciliation des alternatives fonctionnelles envisagées pour le référencement avec une analyse approfondie des obligations issues de cette relation contractuelle.

C'est cette étude qu'il convient maintenant d'aborder.

⁵³⁶ *Cour d'Appel de Paris 27 Nov. 1987*, Lettre de la distribution 1988. 9.

⁵³⁷ **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 81 n° 112.

Conclusion du chapitre 2

220. Ce chapitre conclut la présentation de l'état actuel de notre analyse du référencement, en présentant de manière exhaustive les différentes hypothèses fonctionnelles envisagées en réponse à ses différentes manifestations.

On a fait référence, ici, aux diverses "manifestations du référencement", dans la mesure où, pour un même contrat présentant l'objet caractéristique du référencement, sa cause peut consister en des prestations variées et se trouver, indifféremment, soit dans l'action du référencier, soit dans celle de ses membres. On a fait également référence, ici, à des "hypothèses fonctionnelles", dans la mesure où, une même situation de référencement, peut donner lieu à diverses analyses juridiques du contrat d'intermédiation et du contrat de référencement. A ce titre, toutes les hypothèses fonctionnelles ne sont pas de la même valeur. Il peut arriver qu'elles soient juridiquement fondées, mais pas nécessairement viables en pratique. Parfois même, elles peuvent correspondre à des situations devenues obsolètes dans la grande distribution. Cependant, même si nous avons porté dans ce chapitre un jugement rapide sur la valeur respective de chaque hypothèse par rapport à une situation donnée, l'objectif est resté celui d'une présentation systématique de toutes les options possibles et non pas, celui d'un classement. Il s'agissait essentiellement, ici, outre une présentation des différentes analyses envisageables, de démontrer l'impossibilité, par la seule analyse contractuelle du phénomène, d'apporter une réponse définitive sur la question de son régime juridique, voire, sur sa nature juridique.

Conclusion du Titre 2

221. Après la présentation dans notre premier titre de la genèse du référencement, et les premiers constats que l'on pouvait faire sur sa nature contractuelle, notre second titre a eu pour objet d'approfondir notre connaissance de la notion et de démontrer que nous étions bien en face d'un exemple de création normative de la pratique commerciale, comme nous l'avions annoncé comme objectif de notre première partie.

Parler d'une création normative implique, logiquement, que les mécanismes juridiques mis en place ne puissent se rapporter à une pratique préexistante. C'est ce que nous nous sommes efforcés de prouver dans notre premier chapitre. En effet, comme nous l'avions expliqué dans notre titre I, la pratique de la grande distribution n'a pas fait une création ex nihilo d'un nouveau type de contrat mais a seulement déformé, par la pratique, des techniques existantes en les adaptant à son besoin de souplesse dans l'approvisionnement. Comme nous l'avons précisé dans notre titre II, cette déformation peut être analysée tout autant en un "étirement" de certaines formules jusqu'à un point de rupture, qu'en un emprunt à plusieurs formules préexistantes que sont les contrats de commission, de mandat et de courtage. Logique, alors, que ces contrats ont été, en fonction des variations pouvant affecter le référencement, les premiers mécanismes juridiques employés pour tenter de clarifier son régime juridique. Logique, également, qu'à partir de ces contrats le référencement a pu être distingué comme étant bien d'une nature sui generis. Cette nature spécifique se caractérise par un lien complexe entre le contrat d'intermédiation et le contrat de référencement proprement dit, et la faculté, pour ce dernier, de prévoir la possibilité d'un approvisionnement direct des membres d'un regroupement à l'achat aux conditions préalablement négociées. Elle pose, de ce fait, le problème du régime juridique qui lui est applicable. Or, l'objet du référencement, tel qu'il a été défini, ouvre plusieurs perspectives en ce qui concerne la contrepartie aux engagements des fournisseurs de produire et maintenir leurs conditions de vente : l'espérance d'un gain commercial, l'action du référencieur ou celle des membres du regroupement. Ces contreparties représentent autant de causes possibles au référencement, et peuvent s'analyser selon plusieurs schémas juridiques préexistants. Il convenait, donc, d'en dresser l'état précis. A l'analyse, il est apparu que, pour une situation donnée, plusieurs solutions fonctionnelles sont envisageables. Cette situation, peu satisfaisante sur le plan de la sécurité juridique, nous conduit, naturellement, à pousser plus avant notre étude.

Conclusion de la première partie :

222. Dans cette première partie, nous avons tenté de dresser l'état des connaissances et de l'analyse d'une création récente de la pratique contractuelle commerciale, que nous connaissons à présent sous le vocable de "référencement".

Nous avons qualifié cette création d'exemple remarquable du pouvoir normatif de la pratique commerciale, à double titre :

- D'une part, parce qu'elle est remarquable par sa genèse.

En effet, en un laps de temps limité, une nouvelle organisation économique dans la distribution des biens de consommation, que l'on qualifie d'intégration à l'achat, a produit, parallèlement à sa structuration matérielle en groupement et centrales d'achats, une structuration contractuelle, en inventant la formule la plus adaptée à ses besoins par extrapolation des techniques juridiques existantes.

- D'autre part, elle est remarquable par sa construction.

En effet, malgré son évidente parenté avec les formules préexistantes, elle possède une identité propre, et sous l'apparente simplicité d'une altération de techniques connues, elle a créé des situations nouvelles et complexes suscitant les controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Pour prendre toute la mesure de cette création et en comprendre la complexité il convenait, d'abord, de la replacer dans son contexte historique : le mouvement d'intégration à l'achat, et juridique : les contrats d'approvisionnement de la grande distribution. C'est ce que nous avons envisagé dans le premier chapitre de notre premier titre. Il convenait, ensuite, de la replacer dans un processus d'analyse cohérent en la soumettant aux questions fondamentales de toute étude juridique, celles relatives à sa nature, sa classification et sa validité. C'est ce que nous avons fait dans le deuxième chapitre de notre premier titre. Il convenait, aussi, de la distinguer des situations connues de la grande distribution, pour affirmer son identité propre. C'est ce que nous nous sommes efforcés de démontrer, dans le premier chapitre de notre second titre. Enfin, il convenait de dresser un état de l'analyse tant doctrinale que jurisprudentielle du phénomène, tel était l'objet du deuxième chapitre de notre deuxième titre. Arrivé à ce stade de notre réflexion, nous avons donc, déjà, une vision suffisamment précise du référencement pour constater, objectivement, notre incapacité d'apporter une solution définitive à l'étude de son régime juridique. Il convient, alors, d'approfondir encore notre

LE REFERENCEMENT

connaissance de cette notion. Ainsi que nous l'avons analysé, il apparaît clairement que le régime juridique du référencement est conditionné par la variabilité de la cause du contrat de référencement. Or, si comme nous l'avons écrit, celle-ci est indifférente à la validité du référencement en tant que relation contractuelle sui generis, en sens inverse, nous n'avons pas encore vérifié si les conditions de validité du référencement pouvaient avoir une influence sur la variabilité de sa cause et, par là, sur son régime juridique.

C'est cette approche que nous envisageons à présent.

Partie 2 : Le référencement : une illustration de l'influence de l'ordre public économique en droit des contrats

Introduction :

223. Nous avons, dans notre première partie, essayé de déterminer les raisons de l'invention de la technique du référencement par la pratique commerciale, son fonctionnement, son objet, et ce que pourrait être son régime juridique. La nature de cette nouvelle relation contractuelle et ses mécanismes nous étant à présent un peu mieux connus, se pose de nouveau la question des conditions de sa validité.

En effet, par delà l'affirmation de la licéité de principe de cette relation,⁵³⁸ reste en suspens celle de ses différents avatars. Avatars que nous avons présentés lors de notre premier titre, lorsque nous nous sommes intéressés à la nature particulière du référencement.⁵³⁹ L'intérêt d'une telle démarche, repose sur un principe de réalité inhérent au droit. Elle consiste à vérifier, qu'en raison de sa complexité et de ses implications en terme d'ordre public économique, l'objet de cette relation, tel qu'il a été défini, ne correspond pas seulement à une vision théorique que pourrait démentir la pratique, et si pourraient être déterminés d'autres facteurs remettant en cause sa validité. Il en serait ainsi, notamment, si l'application de l'ordre public économique limitait tellement l'expression de cette nouvelle technique d'approvisionnement, à travers la validité des contrats de référencement, que son utilisation s'en trouverait affectée.

224. Notre dialectique, dans cette nouvelle étape de notre étude, reste cependant inchangée. Elle repose toujours sur la distinction fondamentale entre : l'objet d'un contrat de référencement et l'objet de la relation contractuelle de référencement.

Certes, l'objet de la relation contractuelle de référencement, tout comme l'objet d'un contrat de référencement, en vertu de l'interprétation combinée des articles 1126, 1128 et 6 du Code civil, doivent être, tous deux, conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs, sous peine de nullité. Cependant, la portée de cette obligation

⁵³⁸ Voir, supra : Titre "**Section II : Une licéité de principe**" p 103.

de conformité diffère. La relation contractuelle de référencement contenant les éléments fondamentaux des contrats qui en sont issus, on peut dire qu'en l'absence de validité de l'objet de cette relation, c'est l'intégralité de l'existence du référencement en tant que nouveau concept contractuel qui serait remise en question. Inversement, en l'absence de validité de l'objet des obligations de l'un ou l'autre des contrats de référencement, c'est seulement ce contrat particulier qui sera invalidé. Le problème se pose dans les mêmes conditions si l'on raisonne en terme de cause, en vertu des **articles 1131 et 1133 du Code civil**. La cause d'un contrat de référencement pouvant être aussi variée que le sont les obligations auxquelles consentent les fournisseurs référencés, il est évident que seule sera fondamentale pour la validité de la relation contractuelle de référencement, l'existence d'une éventuelle cause qualifiante.

225. Le respect de l'ordre public économique étant l'unique problème de validité que peut a priori poser le référencement, la licéité ou l'illicéité de cette relation contractuelle résultera, à nouveau, de sa confrontation avec les règles de concurrence internes et communautaires.

Sa conformité au regard de ces dispositions et leur incidence sur la pratique du référencement constituent donc, naturellement, la nouvelle étape de notre étude (Titre I). Nous verrons que, si les conclusions auxquelles aboutit cette confrontation des analyses fonctionnelles du référencement avec les impératifs de l'ordre public économique, permettent de clarifier la perception du régime juridique de ce contrat sui generis et de remettre en cause certaines idées bien établies, elles n'en laissent pas moins de sérieuses zones d'ombre. Cette constatation nous amènera, logiquement, à reprendre la discussion sur la nature de cette relation contractuelle et à formuler une proposition alternative (Titre II).

⁵³⁹ Voir, notamment, supra : Titre "**Section I : Une difficile appréhension juridique**" p 75.

Titre I : Un ordre public économique bouleversant l'analyse classique du référencement

Introduction :

226. Nous avons déjà dû, au cours de cette étude, aborder la question de la licéité du référencement. Il s'agissait, alors, de répondre au problème préalable de la validité de principe de cette relation contractuelle, à travers la définition que nous avons admise de son objet.⁵⁴⁰

Cette recherche a permis de définir les conditions auxquelles devait être soumise cette validité, conditions consistant en des règles de concurrence. La compatibilité de ces règles avec l'objet du référencement étant maintenant reconnue, la question qui se pose est de savoir si cette licéité de principe de l'objet du référencement entraîne nécessairement, pour autant, une reconnaissance générale de la validité du référencement comme nouvelle technique contractuelle. Assurément non ! En effet, le référencement n'est pas seulement un contrat établissant un nouveau mode de relations entre différents partenaires, il est également la source d'obligations commerciales d'une grande variété, dont l'impact sur la concurrence peut se révéler négatif, même si le principe contractuel dont elles sont issues n'est pas, en lui-même, contraire à l'ordre public économique. On doit donc se demander, à présent, quelles sont les obligations susceptibles d'influer sur la validité du référencement et jusqu'à quel point. Dans l'hypothèse où une telle influence serait reconnue, l'analyse classique du référencement en serait, nécessairement, modifiée.

227. Si chacune des techniques contractuelles que nous avons étudiées est susceptible de rendre compte de l'obligation principale du référencement formant l'objet de cette relation juridique, que constitue *"l'engagement des fournisseurs de produire et maintenir des conditions de vente dont les membres du regroupement pourront directement se prévaloir pour réaliser leurs achats."*,⁵⁴¹ on peut s'interroger sur la raison d'être d'une variété d'engagements en retour à cette obligation, en lieu et place d'une formule contractuelle unique.

⁵⁴⁰ Voir, supra : Titre *"Section II : Une licéité de principe"* p 103.

LE REFERENCEMENT

Les différentes obligations des fournisseurs et les obligations synallagmatiques de la structure de regroupement à l'achat ou ses membres sont, généralement, librement fixées par les parties. La détermination du régime juridique applicable relèvera alors, normalement, du pouvoir d'interprétation des juges du fond et sera susceptible d'aboutir, en fonction des critères de reconnaissance que nous avons énumérés dans le chapitre précédent, en telle ou telle alternative. Cependant, en raison de l'absence de neutralité économique du référencement, la validité des obligations respectives des parties peut être, également, réglementée par l'ordre public économique. A ce stade de l'analyse, la question du régime juridique applicable au référencement quitte donc le terrain purement contractuel pour entrer aussi dans celui du droit de la concurrence. Durant l'étude de ce titre nous chercherons donc à démontrer que, si la licéité de principe de cette relation a pu être affirmée par la jurisprudence, sa licéité de fond dépend de la validité de certaines de ses clauses au regard de l'ordre public économique (Chapitre 1), et que, les principes de validité de ces clauses, ne sont pas sans incidence sur l'analyse fonctionnelle de cette relation qu'ils conditionnent nécessairement (Chapitre 2).

541 Cf. p 50.

Chapitre I : L'influence de l'ordre public économique sur le référencement

Introduction :

228. L'affirmation de validité de principe du référencement, par la démonstration de son caractère a priori non discriminatoire, la licéité de son objet, et sa reconnaissance comme n'étant pas, en soi, un abus de domination, ne signifie pas, pour autant, qu'elle ne puisse être remise en cause.

En effet, comme nous l'avons dit précédemment, pour que cette relation puisse être déclarée licite, encore faut-il que les obligations qu'elle génère n'altèrent pas sa validité. Or, ces obligations sont nombreuses. Ainsi, on différencie classiquement les obligations visant à moduler les prix dans le contrat d'approvisionnement, que l'on appelle "**pratiques tarifaires**", et celles visant à l'obtention ou l'exercice d'une prestation de services, que l'on regroupe sous le vocable de "**pratiques non tarifaires**". De la même façon, parmi les différents avantages au titre des pratiques tarifaires, de nombreux auteurs opèrent une distinction terminologique entre "**rabais**", "**remises**" et "**ristournes**". Les deux premiers visent les avantages intervenant dès la conclusion du contrat, tandis que les ristournes concernent spécifiquement les avantages modifiant le prix postérieurement à la conclusion du contrat, c'est-à-dire, les avantages assortis d'une condition ou simplement d'un terme. Cette distinction a, très tôt, été reprise par les autorités de la concurrence.⁵⁴² Néanmoins, ces mêmes autorités ont pris soin de souligner son caractère essentiellement formel, en rappelant que, de plus en plus, ces vocables étaient utilisés indifféremment par la pratique.⁵⁴³ Même si nous sommes plutôt favorable à cette distinction, nous ne dérogerons pas à cette tendance dans notre étude, pour de simples raisons de style. Sauf, bien entendu, quand la précision s'avérera nécessaire. A l'instar de ces classifications traditionnelles que nous venons d'énoncer des obligations nées des contrats de distribution, il convient à présent, pour les besoins de notre étude, d'en opérer une autre. Celle-ci est propre au référencement. Elle consiste à distinguer les obligations, au travers desquelles, l'application de l'ordre public économique peut avoir une influence sur la validité de

⁵⁴² La **Commission de la Concurrence** l'avait fait dès 1985 dans son <<Avis sur les centrales d'achat>> et son successeur, le **Conseil de la Concurrence**, opérait également cette distinction, explicitement, dans son <<Rapport au parlement sur les pratiques tarifaires>> du 12 janvier 1991.

⁵⁴³ **Conseil de la Concurrence** <<Rapport au parlement sur les pratiques tarifaires>> précité. BOCCRF du 12 janvier 1991 p 10.

LE REFERENCEMENT

cette opération contractuelle.

C'est cette recherche que nous allons mener à présent, en cherchant dans un premier temps à écarter, parmi les pratiques nées de cette relation commerciale, celles qui, de toute évidence, ne peuvent engendrer qu'une influence limitée (Section 1), avant de mesurer l'impact de celles dont, au contraire, l'influence est avérée (Section 2).

Section 1 : Une influence limitée au regard des pratiques d'avantages traditionnelles

Introduction :

Dans le cadre de notre recherche sur l'incidence que l'ordre public économique pourrait avoir sur la validité du référencement, on remarquera que la distinction que nous désirons opérer entre les pratiques ne pouvant être que d'une influence limitée et celles qui, au contraire, sont d'une influence évidente, recouvre une autre distinction, purement chronologique, d'une part, entre celles utilisées avant l'avènement de cette technique contractuelle d'approvisionnement, d'autre part, avec celles qu'elle a initiées.

Les pratiques antérieures au référencement concerneront ici, généralement, des obligations certes prévues dans le référencement, mais dont la validité ne devrait pas s'apprécier lors de la conclusion du contrat de référencement mais indépendamment de celle-ci. Il ne saurait être dans ce cas soutenu, au regard de ***l'article L.442-6 du Code de commerce***, que leur obtention du fait du référencement entraîne une discrimination. De la même façon, il ne saurait être soutenu qu'il s'agisse d'un effet anticoncurrentiel du référencement au titre d'une entente, ni la manifestation d'un abus initié par cette même relation contractuelle.

Les pratiques issues du référencement, en revanche, trouvent nécessairement les conditions de leur validité dans l'acte de référencer et sont, de ce fait, logiquement susceptibles d'avoir une influence sur sa validité.

Puisqu'il convient de commencer par l'étude de l'impact éventuel des pratiques traditionnelles sur la validité du référencement, c'est sur la base de leur classification traditionnelle que nous allons articuler notre recherche, en étudiant successivement : l'impact des avantages tarifaires (§1), puis non tarifaires (§2).

§1) Les pratiques tarifaires traditionnelles

229. Les avantages tarifaires sont des obligations de nature et de portée variables, qui trouvent leur origine dans des stratégies marchandes reconnues comme favorables au développement du commerce et du profit.

Au titre de ces stratégies, la préservation de la clientèle a toujours été un objectif essentiel et ce, depuis que le commerce existe. La fidélisation du bon client et sa soustraction aux sirènes de la concurrence a ainsi généré, de tous temps, l'existence de primes et rabais divers ou/et conditions de paiement particulières. L'origine des avantages tarifaires provient donc, naturellement, des producteurs. On verra que leur évolution sera plus le fait des acheteurs. S'agissant, pour l'instant, de l'étude des pratiques tarifaires traditionnelles, celles-ci reposent sur deux principes : une modulation directe du prix de vente en fonction de l'importance des relations commerciales, et une modulation indirecte de ce même prix par les délais de paiement.

Nous distinguerons donc les avantages assis sur une prestation d'achat (A), des avantages en matière de paiement (B).

A) Les avantages assis sur une prestation d'achat

230. En raison de son ascendance en tant que pratique commerçante destinée à récompenser "le bon client", la "**remise sur quantité**" apparaît comme le plus ancien des avantages tarifaires.

Elle apparaît comme étant le plus justifiable, également, dans la mesure où l'analyse classique sur laquelle repose tout notre ordre public économique, veut qu'à quantités supérieures corresponde une économie de coût pour le producteur, dénommée également économie d'échelle, permettant l'attribution de conditions de vente préférentielles. Ce principe simple n'est pas, pour autant, exclusif de situations plus complexes induites par les rapports de puissance d'achat.

1) Une justification basée sur des critères économiques

231. Ces remises supposent, par définition, l'achat par le client d'une quantité donnée de marchandise. Cet achat peut être, soit immédiat, soit progressif, et donner donc lieu, au sens propre, soit à une remise, soit à une ristourne.

A ces remises ou ristournes sur quantité, que l'on appelle également "**barèmes d'écart**", vont progressivement s'ajouter, par la pratique commerciale issue de la nouvelle puissance d'achat, des variantes.

- Une première variante à ces remises sur quantité, consiste dans les "**remises de potentiel**".

Comme leur nom l'indique, ces remises, contrairement aux précédentes, ne sont pas assises directement sur les quantités commandées par le client, mais sur son potentiel d'achat. A ce titre, elles représentent une première prise en compte de la puissance d'achat.

Ce type de remise vise un objectif commercial évident pour le vendeur, qui est de s'assurer d'un certain niveau de vente. Elles sont de nature prospective, car elles supposent la réalisation d'un chiffre d'affaires prédéfini, calculé à partir d'une estimation du potentiel de l'acheteur. Cette estimation, pour être objective, doit nécessairement s'appuyer sur des données connues ; en l'occurrence, généralement, le chiffre d'affaires précédemment réalisé entre les parties.

En raison de leur nature prospective, il s'agira, logiquement, de "**remises conditionnelles**", et donc, au sens strict, de ristournes. La réalisation du chiffre d'affaires prédéfini ne sera connue qu'à l'issue des relations commerciales, et c'est à ce moment que s'ouvrira le droit à perception de l'avantage qui apparaît, ainsi, comme un reversement partiel du prix de vente. ⁵⁴⁴ Si la réalisation effective n'est pas connue par anticipation, en revanche, le potentiel d'achat des distributeurs reste une donnée objective, susceptible de fonder l'assiette de la ristourne. Il faut, cependant, rappeler la pratique des avances, exigées sous la pression des distributeurs, qui tend à rendre obsolète cette distinction entre remises proprement

⁵⁴⁴ Cf. **Conseil de la Concurrence, décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993** relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des Supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora " *Les ristournes hors factures font l'objet d'un avoir du fournisseur au distributeur, accordé selon une périodicité mensuelle, trimestrielle, semestrielle ou annuelle. Elles sont généralement calculées en pourcentage du chiffre d'affaires annuel réalisé avec le fournisseur mais peuvent aussi consister en une somme forfaitaire. Elles sont fondées sur de multiples critères. Le groupe Cora bénéficie ainsi de ristournes qualifiées d'inconditionnelles' accordées automatiquement en fin d'année, telle la ristourne de remise de fin d'année ou R.F.A., et de ristournes qualifiées de 'progressives' dont les taux augmentent en fonction des paliers de chiffres d'affaires réalisés...* ".

dites et ristournes.

- Une autre variante des remises sur quantité sont : "**les remises d'objectifs**".

On les distingue des précédentes, dont on peut considérer qu'elles sont aussi des remises d'objectif puisqu'elles tendent à la réalisation d'un chiffre d'affaires prédéfini, par le fait, qu'au lieu du simple maintien d'un chiffre d'affaires, elles visent soit un chiffre d'affaires supérieur, exprimé en valeur absolue, soit une progression de celui-ci.⁵⁴⁵ Là encore, la nature prospective de ces avantages suppose leur analyse comme des remises conditionnelles ouvrant droit à ristournes.⁵⁴⁶

232. La validité de ces avantages, au regard de l'ordre public économique, ne pose pas de problèmes majeurs.

- En ce qui concerne, d'abord, les remises sur quantité.

Il est ainsi reconnu que l'économie de coût qui en découle puisse constituer une contrepartie réelle, exclusive de tout caractère discriminatoire au sens de l'article **L.442-6 du Code de commerce** et, de ce fait, également conforme au droit de la concurrence, tant interne, que communautaire.⁵⁴⁷ En effet, il s'agirait, ici, "*d'une différence de prix de revient de la fourniture*", pour reprendre la formulation de l'**ancien article 37 §1 de la loi du 27 décembre 1973** sur les pratiques discriminatoires. Différence qui écarte tout déséquilibre contractuel conformément à l'interdiction de l'**article L.442-6 I 2° du Code de commerce**.⁵⁴⁸ Bien au contraire, l'absence de ces remises sur quantité pourrait apparaître discriminatoire, si étaient constatées des commandes impliquant des économies d'échelle non

⁵⁴⁵ Cf. **Conseil de la Concurrence, décision n° 01-D-36 du 28 juin 2001** relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi et des produits en béton en Côte-d'Or " *Il a aussi été relevé par l'enquête que les négociants Doras Matériaux, Pagot et Savoie et Bloc Matériaux perçoivent des primes de fin d'année, l'une appelée prime d'objectif, l'autre, prime quantitative de fin d'année. La première est versée aux négociants si ceux-ci dépassent un objectif de commercialisation de béton prêt à l'emploi produit par la société Dijon Béton fixé en commun au cours des réunions du groupe B « Négoce* ». Cette prime porte sur la différence entre l'objectif de vente et la réalisation effective de vente de béton. La seconde porte sur les volumes de béton prêt à l'emploi vendus. Si la prime d'objectif peut présenter un caractère aléatoire, par contre la prime quantitative de fin d'année est acquise aux négociants, dès lors que les commandes de béton passent par leur intermédiaire.

⁵⁴⁶ Cf. Pour cette analyse : **Cour de cassation chambre commerciale 24 octobre 2000** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

⁵⁴⁷ Cf. pour le droit communautaire : **Arrêt du TPICE T-203/01, Michelin/Commission, du 30 septembre 2003** : " *Si l'augmentation de la quantité fournie se traduit par un coût inférieur pour le fournisseur, celui-ci est, en effet, en droit de faire bénéficier son client de cette réduction par le biais d'un tarif plus favorable*".

répercutées sur les prix.⁵⁴⁹ Elles n'entraînent pas, non plus, une fixation artificielle du prix constitutive d'une entente prohibée.⁵⁵⁰ La seule restriction à leur validité n'existe qu'en cas de position dominante.⁵⁵¹

- Le caractère conditionnel des ristournes assises sur la nature prospective des commandes, ne modifie en rien leur validité de principe.⁵⁵²

Les règles restent les mêmes que pour les remises sur quantité, à la différence que ces ristournes intègrent un élément d'appréciation supplémentaire dans leur calcul : le service commercial apporté par le distributeur dans l'aide au développement de la commercialisation du produit. Ici, c'est pour partie la sécurité et la progression de son chiffre d'affaires que rémunère le fournisseur.⁵⁵³

2) Une justification sans incidence sur le référencement

233. La limite à la validité de ces avantages consiste en une perversion du système.

- D'abord, pour les regroupements à l'achat, en se faisant accorder des remises et ristournes sans équivalence avec les économies d'échelles réalisées.

En effet, même si elles peuvent reposer, en partie, sur des critères de commercialisation, les ristournes doivent, néanmoins, rester proportionnées à

⁵⁴⁸ **Article L.442-6 I 2° du Code de commerce** *"De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties."*

⁵⁴⁹ Cf. **Avis du 10 sept 1980** Vaccin anti-aphteux.

⁵⁵⁰ **Article L.420-1 2° du Code de commerce ; Article 101.1 a du TFUE.**

⁵⁵¹ Cf. **M.Didier FERRIER** << Concurrence-Distribution >> panorama 2006 Recueil Dalloz 2007 p. 1911 *" La Cour d'Appel de Paris offre une bonne illustration des apports de l'analyse économique au traitement de cette pratique. Dans une première décision, elle souligne que le seul fait d'être en position dominante n'interdit pas, par principe, le recours à des remises purement quantitatives si la réalité de l'effet d'exclusion n'est pas établie, ce qu'elle déduit du constat « que le marché connaissait, à l'époque considérée, un développement significatif » (Paris, 1re ch., 4 avr. 2006, Sté Royal Canin, préc., à l'encontre de Cons. conc., 22 juin 2005, n° 05-D-32; rapp. Cons. conc., 19 déc. 2005, n° 05-D-70, écarte l'abus de position dominante en l'absence d'effet sensible sur le marché). Dans une seconde décision, elle estime que des remises, du même type, présentaient un caractère abusif dès lors que l'entreprise en cause contrôlait (avec son partenaire) 85 % du marché et que le concurrent se trouvait en difficulté financière (Paris, 1re ch., 9 mai 2006, Sté NMPP, CCE 2006, Comm. n° 160, note M. Chagny ; dans le même sens que Cons. conc., 22 déc. 2003, n° 03-MC-04)."*

⁵⁵² Cf. Sur les remises conditionnelles <<Lettre mensuelle socio-économique du Conseil Central de l'économie >> numéro 119 p 24, Octobre 2006.

⁵⁵³ *" Le service le plus important qu'un fournisseur attende de son client est qu'il lui fasse vendre la plus grande quantité possible de marchandise". Note de service n° 5322. 3 Février 1988 : PA 23 sept 1988 p 19.*

l'économie du coût de revient.⁵⁵⁴ Un tel comportement apparaîtrait alors discriminatoire à l'égard du fournisseur, pour rupture de la commutativité du contrat, et entraînerait l'application de l'article **L. 442-6 I 2° du Code de commerce**.⁵⁵⁵ Ce même comportement pourrait entraîner, également, si un impact suffisant sur le marché français était démontré, l'application de **l'article L.420-1** du même code pour entente prohibée, en ce qu'il ferait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et, pour le même motif, celle de **l'article 101.1 a du traité TFUE** en cas d'atteinte au marché communautaire.⁵⁵⁶ Pourrait être également invoquée, sous réserve qu'une position dominante du référenceur existe sur le marché français, une incrimination fondée sur **l'article L.420-2 alinéa 1**, en tant que conditions de vente discriminatoires ou, au titre de **l'article 102 a TFUE**, si cette même situation pouvait se constater au plan communautaire. Enfin, si les conditions d'applicabilité d'une incrimination sur **l'article L.420-2 alinéa 2** pour dépendance économique étaient réunies, cette rupture de commutativité du contrat serait, bien entendu, sanctionnable également par référence à **l'article L.442-6 I 2°**.

- La seconde limite à cette analyse consisterait, en sens inverse, en une perversion du système par les fournisseurs, en restreignant la liberté commerciale des distributeurs par ce qu'il convient d'appeler : les **"remises de fidélité"**.

Ces remises, posent des problèmes classiques de validité en situation de position dominante des producteurs, quand elles entraînent un cloisonnement du marché ; soit qu'elles représentent un chiffre d'affaires trop important, soit en regard à leur absence de corrélation avec les quantités achetées, soit quand elles entraînent une exclusivité de fait.⁵⁵⁷ L'argument de la régularité de la commande ne suffisant alors plus à compenser l'atteinte à la concurrence, un abus de position dominante

⁵⁵⁴ **M. PIGASSOU** <<Les conditions de vente>> Aspects de droit de la concurrence, précité.

⁵⁵⁵ **Article L.442-6. I. 2° du Code de commerce**. Engage la responsabilité de son auteur...le fait... : "*De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.*"

⁵⁵⁶ Voir, supra : Titre **"1) L'applicabilité du droit des ententes au référencement."** p 124.

⁵⁵⁷ Cf. **CJCE Arrêt n° 85/76 du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche** "*pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier -fût-ce à leur demande- des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante, (...) soit que l'obligation soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique (...) un système de rabais de fidélité (...); qu'à la différence des rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé, la remise de fidélité tend à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents ; (...)*".

pourrait être invoqué. ⁵⁵⁸

234. En ce qui concerne la question de l'incidence de la validité de telles conditions de vente sur la licéité du contrat de référencement qui les prévoit, il convient de se référer aux impératifs de l'ordre public économique mis en cause.

En l'occurrence, ici, il s'agit de celui d'une certaine proportionnalité entre les rabais obtenus et les quantités achetées. On en déduit alors, logiquement, que cet impératif est sans incidence sur la licéité du référencement. En effet, l'assiette de ces avantages porte sur des quantités de marchandises commandées, en ce qui concerne les rabais et remises, ou déjà payées ou tout au moins livrées, en ce qui concerne les ristournes. Elles sont donc, effectivement, prévues dans le contrat de référencement, mais leur assiette repose sur des éléments postérieurs à celui-ci, qui ne seront connus que lors de l'accomplissement des contrats de vente avec les fournisseurs. Ce n'est qu'après la commande, en ce qui concerne les remises sur quantité, et à la fin d'une période donnée et du paiement, pour ce qui a trait aux remises de potentiel ou d'objectifs, que les conditions de validité des avantages obtenus seront réunies. De la même façon, concernant les remises de fidélité, leur assiette repose en partie sur une prestation commerciale des distributeurs, en l'occurrence, la régularité des commandes. Leur validité ne pourra donc, également, s'apprécier qu'une fois ces commandes effectuées.

Dans tous ces cas, la contrepartie réclamée par l'ordre public économique se trouvera dans la commande et non dans le référencement. La présence de ces conditions de vente dans le contrat de référencement ne peut donc avoir aucune incidence sur sa validité.

B) Les avantages en terme de règlement

235. Le deuxième avantage qui trouve son assiette dans une prestation d'achat, tout en ne débouchant pas sur un avantage tarifaire, consiste en l'attribution de délais de paiement avantageux pour les distributeurs.

L'importance que ces délais ont pris dans ce secteur, a incité le législateur à les réglementer de manière stricte - notamment dans le domaine agro-alimentaire -

⁵⁵⁸ Voir, sur ces questions l'article de **M. PIGASSOU** <<Remise de fidélité et concurrence>> Chroniques DALLOZ 1980 XV p 103. Pour un exemple récent, Cf. **Conseil de la Concurrence Décision n° 01-D-23 du 10 mai 2001** relative aux pratiques de la société Abbott sur le marché des produits anesthésiques ; **Conseil de la Concurrence Décision n° 04-D-13 du 8 avril 2004** relative à des

par la **loi 9-1442 du 31 décembre 1992**, dans l'**ancien article 35 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, en instaurant un délai de trente jours. Ce délai est devenu le droit commun dans la nouvelle réglementation inscrite à l'**article L.441-6 I du Code de commerce**, sous réserve des conditions particulières entre vendeur et acheteur.⁵⁵⁹ Ce délai de droit commun étant, bien entendu, assorti de mesures d'encadrement.⁵⁶⁰

Si l'on excepte cette réglementation, la validité de ces modalités de paiements repose sur des principes précisés de longue date par la jurisprudence, comme par la doctrine.

Il reste, néanmoins, à mesurer l'incidence de ces dispositions sur le référencement.

1) Un principe d'encadrement posé de longue date

236. Le principe qui prévaut en matière de délais de paiement est assez simple et logique, il a été parfaitement exposé par MOUSSERON.

MOUSSERON voit, dans l'existence de délais de paiement particulièrement longs, la manifestation potentielle d'une discrimination, dans la mesure où, toute modification à l'équilibre des prestations doit être répercutée sur le prix de base.⁵⁶¹ On peut constater que ce problème a été intégré par le législateur, puisque le principe d'une incrimination des délais de paiement, en absence d'équilibre des prestations, a été intégré dans le droit positif par l'**article L.442-6 I 4° du Code de commerce** et l'encadrement de ces délais de paiement énoncé dans l'**article L.441-6 I** du même code qui prévoit les sanctions applicables en cas de manquement.⁵⁶²

pratiques mises en oeuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée.

⁵⁵⁹ Cf. **Article L.441-6 du Code de commerce** : (L. no 2001-420 du 15 mai 2001) "*Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée. Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture*".

⁵⁶⁰ Cf. **Article L.441-6 I alinéa 5 du Code de commerce** "*Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. En cas de facture périodique, au sens du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts, ce délai ne peut dépasser quarante cinq jours à compter de la date d'émission de la facture*".

⁵⁶¹ Cf. **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 96 n° 135 "*toute modification modifie l'équilibre des prestations, et devrait se traduire par une modification du prix, sauf à vicier les conditions générales de vente*".

⁵⁶² Cf. **Article L.441-6 IV du Code de commerce**.

Il faudrait alors distinguer deux cas :

- Le premier cas, correspond à la situation dans laquelle ces délais de paiement, dérogoires aux conditions générales de vente, seraient négociés dans le cadre des "conditions particulières", c'est-à-dire, de manière spécifique à un ou plusieurs distributeurs membres du regroupement.

Conformément à l'hypothèse envisagée par Mousseron, ils seraient alors discriminatoires sauf modification de prix correspondante ou faute d'une autre compensation, mais exclusivement pour le contrat particulier passé entre le fournisseur et le distributeur.

- Le second cas, correspond à la situation dans laquelle ces délais de paiement feraient l'objet d'une négociation globale, et s'appliqueraient uniformément aux revendeurs membres du regroupement. Ces délais de paiement entreraient alors, de facto, dans les conditions générales de vente et, l'absence de contrepartie à l'avantage ainsi accordé, constituerait également une discrimination, mais pour tous les contrats de référencement issus de cette négociation.

On peut penser que même à l'intérieur de la marge de négociation des délais prévue par l'article **L 441-6 du code de commerce**, la possibilité d'une application de l'**article L.442-6 2° du Code de commerce** pour rupture de la commutativité du contrat ou celle de l'article **L.442-6 4°** reste envisageable et l'existence de ces conditions de paiements dérogoires permettrait d'incriminer, également, le regroupement et ses membres pour abus de dépendance économique sur l'**article L.420-2 du Code de commerce**. Sous-entendu, évidemment, que les autres conditions d'applicabilité de cet article, que nous avons détaillées dans notre première partie, soient réunies.⁵⁶³ Par ailleurs, ces conditions constitueraient aussi un abus en tant que pratique discriminatoire, si une position dominante pouvait être prouvée. Que ce soit sur le fondement de l'**article L.420-2 du Code de commerce**, pour le territoire national, ou sur l'**article 102 a) du TFUE**, en cas d'atteinte communautaire. Une incrimination pour entente pourrait également être envisagée sur l'**article L.420-1 2° du Code de commerce**, au titre de "*l'obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché.*" En effet, on peut penser, qu'en l'espèce, l'octroi de délais de paiement dérogoires, permet une baisse artificielle du prix sur le marché de gros. Il s'agit, ici, du marché d'approvisionnement du commerce de détail sur lequel, on l'a vu, les autorités de la concurrence estiment que s'exerce la concurrence entre distributeurs.⁵⁶⁴ Ces mêmes motifs justifieraient, également, une incrimination communautaire sur l'**article 101 a) du TFUE**, en cas

⁵⁶³ Cf. Supra : Titre "2) L'abus de dépendance économique" p 135.

d'atteinte au marché européen. La question qui présente pour nous de l'intérêt est, alors, de savoir dans quelles conditions ces délais de paiement particulièrement avantageux pourraient trouver une validité, et si cela pourrait être d'une quelconque incidence sur le référencement.

2) Une possible incidence sur le référencement

237. Si l'on excepte la contrepartie en terme de prix de vente, envisagée par MOUSSERON, logiquement et juridiquement incontestable mais difficilement applicable commercialement, la seule autre hypothèse possible est celle d'une différence en terme de solvabilité.

Le principe a, en effet, été posé depuis longtemps dans la jurisprudence que : *"seuls des acheteurs présentant des garanties de solvabilité comparables, peuvent prétendre à des conditions de vente identiques,"*⁵⁶⁵ et *"qu'il appartient au seul vendeur, d'accorder à son acquéreur des facilités de paiement qu'il juge en rapport avec les renseignements qu'il peut avoir sur la solvabilité de son client."*⁵⁶⁶ Partant de ce principe, appliqué à notre étude, on devrait donc admettre qu'une amélioration de la sécurité des transactions avec les distributeurs constituerait bien un avantage commercial effectif pour des fournisseurs, souvent confrontés à des difficultés de règlement de leurs produits. Cela justifierait, sans que puisse être relevée une discrimination, l'attribution de délais de paiement plus élevés que ceux accordés à des clients ne présentant pas ces caractères. Resterait, encore, à déterminer en quoi pourrait consister cet accroissement de solvabilité, et son influence, éventuelle, sur la question qui nous préoccupe de la validité de fond du référencement. Pour répondre à cette question, il convient de distinguer, à nouveau, selon que ces délais de paiement ont été prévus dans le cadre des conditions particulières ou intégrés dans les conditions générales de vente. Dans le cadre des conditions particulières, la validité de ces délais de paiement sera exclusivement liée à l'existence d'une quelconque garantie conventionnelle au profit du fournisseur, garantie instituée lors de la négociation particulière entre un fournisseur référencé et un distributeur soucieux de conclure, avec ce fournisseur, un contrat d'achat/vente assorti de conditions de paiement spécifiques.

⁵⁶⁴ Cf. Supra : Titre "1) L'applicabilité du droit des ententes au référencement" p 124 .

⁵⁶⁵ **Cour d'Appel de Paris 1 mars 1983.**

⁵⁶⁶ **Cour de Cassation chambre commerciale 31 Janv. 1966.** Cf. M.BIOLLAY <<Droit de la Distribution>> Petites Affiches 17 avril 1991.

Il est évident que cela sera sans influence sur la licéité du référencement.

238. En revanche, il convient de s'interroger sur le cas où, ces délais de paiement, seraient prévus dans les conditions générales de vente du fournisseur lors d'un référencement et, de ce fait, il convient de s'interroger également sur la question de savoir s'il n'existerait pas, dans le référencement lui-même, de contrepartie acceptable à des délais de paiement dérogatoires.

Cet avantage en terme de solvabilité devant, par hypothèse, trouver sa source dans le regroupement à l'achat, deux solutions peuvent être envisageables :

- soit l'existence d'une forme de garantie de solvabilité quelconque de la part de la structure de regroupement elle-même,
- soit une solidarité entre les distributeurs membres.

Il apparaît envisageable, qu'un avantage en terme de délais de paiement particuliers soit admis, si une telle garantie ou solidarité était prévue légalement ou conventionnellement. Différente sera donc, dans cette hypothèse, l'incidence de l'attribution de délais de paiement particulièrement longs, au regard des alternatives fonctionnelles envisagées pour répondre du référencement, par rapport aux avantages, précédemment étudiés, assis sur une prestation d'achat. La contrepartie de ces derniers trouve, comme nous l'avons vu, son origine dans des éléments postérieurs à la conclusion du contrat de référencement. Ici, au contraire, la contrepartie à l'attribution de délais de paiement dérogatoires trouvera son assiette dans le contrat de référencement, lui-même. Soit parce qu'il s'agira d'un engagement de la structure de regroupement à garantir tous ses membres, qui ne peut s'effectuer qu'avant passation de toute commande, soit qu'il s'agira d'un engagement de ses membres à une certaine solidarité qui ne peut, également, s'apprécier qu'avant passation de toute commande. C'est bien, alors, uniquement à la lumière des différentes alternatives fonctionnelles assurant la mise en œuvre du "référencement", que la question de l'existence d'une contrepartie à des délais de paiement dérogatoires pourra être résolue.

Cet avantage n'est donc pas totalement sans influence sur le référencement.

§2) Les pratiques non tarifaires traditionnelles

239. Même si, tout comme les avantages tarifaires, les avantages non tarifaires ont toujours existé dans les rapports commerciaux, c'est néanmoins le développement de la grande distribution qui les verra se multiplier.

Ils peuvent correspondre à une recherche par les grandes surfaces commerciales d'une contribution matérielle des producteurs aux frais de distribution de leurs produits, ou encore, à la rémunération d'un service de commercialisation particulier rendu par le distributeur. S'agissant d'avantages pouvant résulter d'une prestation de services, on peut dire qu'ils sont aussi nombreux et différents que le sont les contrats d'approvisionnement qui leur servent de base. Il est donc hors de question d'en dresser la liste exhaustive. Tout au plus, peut-on citer les principaux, qui sont énumérés dans les accords industrie-commerce : remises d'enlèvement, d'entreposage, d'assortiment, remises promotionnelles, etc.⁵⁶⁷ Ces avantages qui, en raison de leur variété même, laissent la porte ouverte à tous les abus et à toutes les discriminations, ont naturellement fait l'objet de l'attention du législateur, qui a réglementé strictement leur typologie et leur régime juridique (A). Cette réglementation reste, néanmoins, sans incidence sur le référencement (B).

A) Une classification stricte opérée par le législateur

240. Parmi tous les contrats générés par l'opération d'approvisionnement et qui reposent sur une prestation de services, il convient aujourd'hui - après plusieurs réformes successives une nouvelle fois significatives d'un "inflationisme" législatif dont on peut discuter l'intérêt de l'apport au droit - d'opérer une distinction entre ceux qui relèvent des conditions générales de vente ou des conditions particulières, et ceux qui relèvent de la coopération commerciale et des autres services commerciaux.⁵⁶⁸

Il n'y a pas, à proprement parler, de différence de nature concernant ces contrats, tous recouvrent un même principe d'échange de prestation de services entre le distributeur et le fournisseur. La différence est d'ordre qualitatif : les conditions

⁵⁶⁷ Cf. **Accord industrie-commerce de 1989**. Voir également pour un exemple concret : **Décision n° 95-D-71 du 15 novembre 1995** relative à des pratiques de la société Sony France.

⁵⁶⁸ Voir sur ces questions : **Mme Emmanuelle CLAUDEL** <<Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1re partie]>> RTD Com. 2008 p. 698 n° 16 et suivants.

générales de vente formant le socle commun des relations commerciales,⁵⁶⁹ les conditions particulières visant pour leur part, comme leur nom l'indique, des services "individualisés" rendus par un distributeur à un fournisseur.⁵⁷⁰

A cette première distinction s'ajoute la notion de services détachables des opérations d'achat et de vente, auxquels appartient la coopération commerciale⁵⁷¹ et les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur.⁵⁷²

1) Une distinction subtile

241. Cette nouvelle typologie, initiée par la réforme introduite dans la **loi n° 2005-882 du 2 août 2005** en faveur des petites et moyennes entreprises modifie, sensiblement, la distinction simple qui prévalait auparavant seulement entre les conditions générales de vente et la coopération commerciale ; cette dernière notion englobant alors toutes les prestations non destinées à être étendues à l'ensemble des relations commerciales du producteur.⁵⁷³

La définition plus récente de la coopération commerciale, dans l'**article L.441-7I 2° nouveau du Code de commerce**, qui repose sur la notion d'actes détachables des conditions de vente, ne permet pas une vision immédiate des accords concernés, à présent.⁵⁷⁴ Si on la compare à la jurisprudence et aux circulaires antérieures à ce texte, il apparaît des similitudes quant au caractère des services sur lesquels portent cette coopération, mais il y a aussi des différences notables. Ainsi le **Rapport au Parlement du 12 janvier 1991** sur les pratiques tarifaires

⁵⁶⁹ Cf. **Article L.441-6 du Code de commerce** et pour une étude approfondie **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6ème édition p 151 n° 310.

⁵⁷⁰ Cf. **article 441-6 I alinéa 3 du Code de commerce** et pour une étude approfondie **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6ème édition p 152 n° 312.

⁵⁷¹ Cf. **article L.441-7 I 2° du Code de commerce**.

⁵⁷² Cf. **article L.441-7 I 3° du Code de commerce**.

⁵⁷³ Voir, pour l'ancienne définition : **Circulaire du 22 Mai 1984, dite circulaire Delors**, relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprise BOCCRF BOSP n° 9 24 Mai 1984 p 148, précitée "*Un accord de coopération commerciale porte sur la fourniture par un distributeur à son fournisseur de services spécifiques ne relevant pas des obligations résultant des actes d'achat et de vente.*" ; Cf. également **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 80 n° 109.

⁵⁷⁴ **Article L.441-7 I 2° du Code de commerce** : Nécessitent un écrit "*Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;*".

entre entreprises en France précisait à son sujet : *"...la coopération commerciale, c'est-à-dire la collaboration entre fournisseur et distributeur qui, en dehors de la vente proprement dite, se rendent mutuellement des services : transports, stockages, promotion des produits, service après-vente dont la rémunération fait l'objet d'une discussion."*⁵⁷⁵ Ainsi, une **Décision du Conseil de la Concurrence du 13 novembre 1991** définissait la coopération commerciale comme étant : *"la contribution particulière qu'apporte le distributeur à la diffusion ou à la vente d'un produit mise en avant, actions promotionnelles, programmation des commandes, étendue de l'assortiment, présence sur un catalogue, objectif de chiffre d'affaires ou de progression de celui-ci."*⁵⁷⁶ De la même façon, la **Circulaire du 13 mai 2003** qui a officiellement remplacé celle dite **Delors du 22 mai 1984** estimait, de manière à première vue similaire, que : *" Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur, telles la mise en avant des produits ou la publicité sur les lieux de vente. L'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés en relève également (TGI Périgueux, 16 févr. 2000), ainsi que la promotion publicitaire (Cass. crim. 15 oct. 1996)."*⁵⁷⁷ Cependant, si les trois définitions visaient pareillement l'action de revendre et de favoriser la commercialisation des produits et donc, a priori, le même objectif affiché de la coopération commerciale au sens du nouvel **article L.441-7 I 2° du Code de commerce**, on constate que le transport, le stockage, la programmation des commandes, l'étendue de l'assortiment, l'objectif de chiffre d'affaires ou de sa progression, présents dans la précédente définition, ne font plus partie de la nouvelle, car non détachables des conditions de vente.⁵⁷⁸ Ces avantages réintègrent, de fait, les conditions de vente ou, si ces accords sont individualisés, les conditions particulières. Cet exemple démontre que, présenter une typologie des engagements issus de la nouvelle définition de la coopération commerciale, n'est pas aussi évident que l'on pourrait penser, de prime abord. Certes, on peut distinguer, de manière certaine, les avantages issus de contrats de promotion, tels que les ristournes dites "têtes de gondoles" qui rémunèrent le placement par le distributeur du produit concerné dans un

⁵⁷⁵ **RAPPORT AU PARLEMENT du 12 janvier 1991** Sur les pratiques tarifaires entre entreprises, en France. BULLETIN OFFICIEL DES SERVICES DES PRIX B.O.S.P. N° 1 Samedi 13 janvier 1991, PAGE 7.

⁵⁷⁶ **Décision n° 91-D-50 du 13 novembre 1991**, BOCCRF précitée.

⁵⁷⁷ **RAPPORT AU PARLEMENT du 12 janvier 1991** Sur les pratiques tarifaires entre entreprises, en France. BULLETIN OFFICIEL DES SERVICES DES PRIX B.O.S.P. N° 1 Samedi 13 janvier 1991. PAGE 7 : *"...la coopération commerciale, c'est-à-dire la collaboration entre fournisseur et distributeur qui, en dehors de la vente proprement dite, se rendent mutuellement des services : transports, stockages, promotion des produits, service après-vente dont la rémunération fait l'objet d'une discussion."*

⁵⁷⁸ Voir sur cette question : **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6ème édition p 153 n° 313 ; Voir également : **M.Francis DELBARRE** "La coopération commerciale : à la recherche

emplacement considéré en terme de mercatique comme privilégié, en l'occurrence, l'en tête des rayonnages dans les magasins. Cette situation est associée, généralement, à une campagne publicitaire, dont la réalisation au niveau du point de vente par le distributeur peut constituer l'objet d'une ristourne spécifique.

En revanche, le prolongement naturel de ces accords par une garantie du distributeur, ne sera pas nécessairement inclus dans cette définition.⁵⁷⁹ Au même titre que ne le seront pas nécessairement, non plus, les ristournes dites "d'assortiment" visant à assurer au producteur que la totalité, ou du moins une grande partie de sa gamme de produits, sera présente en magasin ; au motif que ces ristournes rentrent à peine plus dans le cadre d'une aide à la commercialisation que dans celui des conditions de vente. Parallèlement à ces avantages posant un problème de positionnement, on peut encore distinguer ceux rémunérant un service technique rendu par le distributeur. Il en sera ainsi quand, par exemple, le distributeur prendra à sa charge le service après vente ou l'acheminement des produits, accords a priori écartés de la qualification en coopération commerciale au profit de celle d'obligation d'achat et de vente, mais dont on pourrait dire, cette fois, qu'ils rentrent pourtant à peine plus dans le cadre des conditions générales de vente que dans celui d'une aide à la commercialisation.⁵⁸⁰

Au regard de ces quelques exemples de la "subtilité" de la définition actuelle, on est en droit de s'interroger sur l'intérêt d'une telle distinction.

2) Un objectif de régularisation économique

242. Cet intérêt apparaît quand on rapproche ces dispositions de celles relatives à la revente à perte.

On remarquera, d'abord, que l'un des objectifs de la loi instituant cette nouvelle définition des rapports commerciaux, concernait le problème, dénoncé depuis longtemps, des marges arrière dans la grande distribution. La question est d'importance. Dans son **rapport au parlement du 12 janvier 1991**, le Conseil de la Concurrence avait ainsi relevé, pour certains produits, des remises allant jusqu'à

d'une définition" p 51 et suivantes dans <<Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence>> Collection thèmes et commentaires DALLOZ 2006.

⁵⁷⁹ Cf. **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6ème édition p 153 n° 313.

⁵⁸⁰ De la même façon, qu'une prestation de mise en rayon n'est pas susceptible d'une rémunération tandis que la gestion d'un rayon au titre d'une "*détention de gamme*", l'est : **Cour de Cassation, Chambre commerciale, 20 février 2007**, 04-20.449, (Arrêt inédit, disponible sur Internet à l'adresse legimobile.fr).

20% et plus du prix de base.⁵⁸¹ Or, la situation a continué à se dégrader.⁵⁸² Dans l'ancien droit applicable, par souci de régler cette question, les conditions de la validité de tels accords avaient été fixées, par la **Circulaire Delors de 1984**, comme des accords spécifiques à un ou plusieurs distributeurs et producteurs, donnant lieu à l'attribution de remises d'un montant limité par rapport au prix de base. Or, cette condition de limite par rapport au prix de base n'a pas été reprise dans l'**article L.441-7 du Code de commerce** pour la coopération commerciale.

243. On peut alors se demander, en quoi la nouvelle réglementation a fait avancer ce problème des marges arrière.

La réponse n'est pas évidente. Outre sa subtilité, qui peut entraîner des erreurs pour les acteurs concernés, la nouvelle réglementation, en substituant plusieurs critères de qualité aux critères de quantité et de spécificité antérieurement en vigueur apparaît, à première analyse, moins efficace contre les marges arrière que ne l'était la précédente. Sous l'ancienne réglementation, la particularité des accords qualifiés de "coopération commerciale" consistait à recouvrir des services spécifiques qui, du moment où ils étaient étendus à l'ensemble des distributeurs, perdaient cette spécificité pour réintégrer le caractère de conditions de vente ; solution leur permettant ainsi d'être pris en compte, à terme, pour le calcul du prix de revente.⁵⁸³ C'est la situation qui prévaut maintenant pour les accords particuliers non détachables des conditions de vente qui, également, peuvent se trouver volontairement ou involontairement étendus à l'ensemble des clients d'un fournisseur. En ce qui concerne la coopération commerciale, la disparition de ce critère quantitatif laisse, de fait, libre cours aux acteurs pour s'exonérer de cette réglementation dans un certain nombre de leurs relations commerciales. Cette réglementation ne peut, donc, se concevoir qu'avec la modification parallèle de l'ancien **article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986** et l'instauration, dans l'**article L.442-2 du Code de commerce**, d'un système de prise en compte de ces minorations du prix d'achat effectif. Soit ce qu'il convient d'appeler

⁵⁸¹ Pour une analyse détaillée par secteur : **Rapport au parlement du 12 janvier 1991** sur les pratiques tarifaires en France, précité.

⁵⁸² La commission de la production et des échanges faisait ainsi référence en 2000 à un montant de 20 à 30 milliards de francs de marges arrière. Cf. **Avis du 4 avril 2000 de la commission de la production et des échanges** sur les titres I et II de la deuxième partie du projet de loi (n° 2250) relatif aux nouvelles régulations économiques. Document A.N n° 2319. 2000 (introduction). L'institut de liaisons et d'études des industries de la consommation parlerait d'un taux de 32% du prix net facturé en 2003. Cf. **M. DELBARRE** : <<La coopération commerciale : à la recherche d'une définition>> p 52. Dans <<Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence>> collection Thèmes et commentaires. DALLOZ 2006.

⁵⁸³ Cf. **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 80 n° 109 ; **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 1995 p 147 n° 263.

l'instauration d'un prix trois fois net.⁵⁸⁴

Il faut, à présent, se demander en quoi le référencement est concerné par les avantages ainsi classifiés.

B) Une classification sans incidence sur le référencement

244. Pour répondre à la question de l'incidence de l'application de l'ordre public économique sur le référencement pour les avantages non tarifaires, il convient de se référer à leurs conditions de validité afin de déterminer si elles dépendent de ce contrat.

En ce qui concerne ces avantages, on constate que la classification opérée par l'ordre public économique n'est d'aucune influence directe sur leur licéité, dans la mesure où elle n'introduit que des conditions de forme, dont l'absence de respect donne lieu à une amende et non à une annulation. C'est donc, exclusivement et traditionnellement en terme d'existence d'une contrepartie, que se pose la question de la validité de telles pratiques et son incidence éventuelle sur le référencement.

1) Une contrepartie comme seul critère de validité

245. La validité des avantages correspondant à un service du regroupement à l'achat ne pose pas de soucis, a priori, au regard de leur soumission à l'ordre public économique.

Cependant, encore faut-il qu'il s'agisse d'un service effectif et qu'il y ait adéquation entre le service rendu et la ristourne obtenue. Or, la pratique commerciale montre que ce n'est pas toujours le cas et qu'il s'agit, parfois, de situations masquant l'attribution d'avantages injustifiés sous la pression de la puissance d'achat des distributeurs regroupés, notamment dans le cadre de la coopération commerciale.⁵⁸⁵ Concernant ce problème, la difficulté réside, bien entendu, dans la

⁵⁸⁴ Voir sur ces questions ; **Mme Emmanuelle CLAUDEL** <<Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1re partie]>> RTD Com. 2008 p. 698 n° 5 et suivants.

⁵⁸⁵ Cf. **Avis du 4 avril 2000 de la commission de la production et des échanges** sur les titres I et II de la deuxième partie du projet de loi (n° 2250) relatif aux nouvelles régulations économiques. (Introduction) : *"Sous couvert d'une véritable coopération commerciale ou de la fourniture de services promotionnels ou de logistiques aux producteurs, se sont développées des pratiques abusives. Dans ce domaine, l'inventivité et la créativité n'ont pas de borne. Voici quelques exemples extraits du rapport de la mission d'information sur l'évolution de la distribution :*

différenciation des véritables accords de prestations de services donnant lieu à des ristournes justifiées, des faux accords, seulement représentatifs de la puissance de négociation de l'intégration à l'achat et de sa capacité à imposer des conditions discriminatoires.⁵⁸⁶ Ces questions ne sont, au demeurant, pas nouvelles. MM. BURST et KOVAR dans leur ouvrage sur la concurrence précisaient déjà en 1981 : *"De prétendus services rendus par le distributeur qui se traduiraient par un allègement des charges du fournisseur sont souvent invoqués pour justifier des avantages qui en réalité, se révèlent indus et, par-là même discriminatoires. Il en est de même de toutes les formes de coopération commerciale qui pour ne pas être illicites par elles-mêmes, ne doivent pas servir de prétexte à une violation déguisée de l'interdiction des prix discriminatoires."*⁵⁸⁷ Les impératifs de l'ordre public économique guidant les conditions de validité de ces pratiques reposent, donc, sur l'exigence d'une prestation de services effective de la part des regroupements d'achat en contrepartie de la remise obtenue. En cas de manquement, les conséquences au regard de l'ordre public économique seront semblables à celles précédemment étudiées pour les remises de quantité.⁵⁸⁸ Il s'agira de leur analyse en tant qu'avantages discriminatoires, sur la base de l'**article L.442-6 I 1^e du Code de commerce**.⁵⁸⁹ Cette absence de contrepartie entraînera pareillement, si un impact suffisant sur le marché français était démontré, l'application de l'**article L.420-1** du même code pour entente prohibée, en ce que ces pratiques limiteront l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises.⁵⁹⁰ Ces mêmes motifs, en cas d'atteinte au marché communautaire, pourront entraîner

*_ octroi de remises à titre rétroactif en cas de fusion d'enseignes, lorsque le nouveau client constate que le fournisseur a accordé une remise plus avantageuse à l'autre enseigne avec laquelle il fusionne ;
_ référencement sans contrepartie avec des justifications floues, comme par exemple « intensification commerciale », « participation publicitaire »...*"

⁵⁸⁶ Voir, dans ce sens : **Décision n° 91-D-50 du 13 novembre 1991**.BOCCRF B.O.S.P. N° 22 du Mercredi 11 décembre 1991. Page 336 ; **Arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes 10 mars 2011**, voir commentaires dans "Lettre de la distribution" de Mai 2011 ; **Arrêt de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence 29 juin 2011** n° 10/02209.

Sur la preuve du caractère discriminatoire des accords, Cf. **Cour de Cassation, Chambre Commerciale 27 avril 2011** *« si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ses deux éléments, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de cette disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat »*. N° de pourvoi: 10-13690, voir commentaires dans "Lettre de la Distribution" mai 2011.

⁵⁸⁷ **J.J BURST et M. Robert KOVAR** <<Droit de la concurrence>> éd. ECONOMICA p 25 n° 43.

⁵⁸⁸ Voir, supra : Titre "**A) Les avantages assis sur une prestation d'achat**" p 267.

⁵⁸⁹ Cf. **Article L.442-6 I 1^o du Code de commerce** : Engage la responsabilité de son auteur ... le fait : *"D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu..."*.

⁵⁹⁰ Cf. **Article L. 420- 1 1^o** du Code de commerce.

une sanction sur la base de l'**article 101 du TFUE**.⁵⁹¹ Pourrait être également invoquée, sous réserve qu'une position dominante du référenceur existe sur le marché français, une incrimination sur la base de l'**article L.420-2 alinéa 1**, en tant que conditions de vente discriminatoires, ou pour le même motif, sur l'**article 102 du TFUE** en cas d'impact au plan communautaire. Enfin, si les conditions d'applicabilité de l'**article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce** étaient réunies, une incrimination pour dépendance économique au titre de la rupture de commutativité du contrat serait sans doute possible, aussi, sur la base d'une discrimination prohibée par l'**article L.442-6 I 2°** du même code.

246. En plus des avantages non tarifaires déjà obtenus, sous la forme d'une rémunération de services aux fournisseurs, certains regroupements conjuguent l'obtention d'une prestation de services de la part de ces mêmes fournisseurs.

Ces pratiques, qui ont tendance à se multiplier, sont généralement utilisées lors de campagnes promotionnelles auxquelles les producteurs sont associés par de grands groupes de distribution. Ces accords relèvent donc, généralement, de la coopération commerciale. Leur validité, au regard de l'ordre public économique repose, uniquement, sur l'avantage commercial que le producteur est censé en retirer par la promotion de ses produits.⁵⁹² Cette justification apparaît, néanmoins, parfois discutable. En effet, de telles campagnes promotionnelles profitent, essentiellement, aux distributeurs.⁵⁹³ De fait, ces pratiques peuvent bien souvent se révéler discriminatoires à l'égard des fournisseurs, qui se voient ainsi contraints de consentir un avantage supplémentaire, rompant le principe de commutativité du contrat de distribution. A ce titre, elles peuvent donner lieu à une action en responsabilité sur la base de l'**article L.442-6 I 1° du Code de commerce** et, comme précédemment, en cas d'impact sur le marché français ou communautaire, à une incrimination pour entente, respectivement sur l'**article L.420-1 2° du Code de commerce ou 101 a) du TFUE**. Ententes prohibées, en ce qu'elles portent atteinte à la fixation des prix par le libre jeu du marché, puisqu'il s'agit, pour les distributeurs, d'obtenir un avantage diminuant leurs propres coûts de commercialisation, en profitant d'une économie en matériel et en personnel. Comme précédemment, également, si les conditions d'une situation dominante ou d'une dépendance économique étaient réunies, ces pratiques pourraient donner

⁵⁹¹ Voir, *supra* : Titre "1) L'applicabilité du droit des ententes au référencement" p 124.

⁵⁹² Cf. Par exemple : **Tribunal Correctionnel de CAEN 6 mai 1979**. DS 1979 646 Note R.FABRE.

⁵⁹³ Voir, en ce sens M. **J.J BIOLAY** <<les relations entre l'industrie et la grande distribution>> Petites Affiches 7 avril 1991 p 4.

lieu, respectivement, à une incrimination pour abus de domination sur l'**article L.420-2 alinéa 1 ou sur l'article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce** et, en cas d'atteinte communautaire, à l'application de l'**article 102 a) du TFUE**.

2) Une contrepartie étrangère au référencement

247. Pour mesurer la portée des avantages non tarifaires sur le référencement, il convient de reprendre la classification opérée en commençant, d'abord, par les actes détachables des conditions de vente.

- En ce qui concerne la coopération commerciale.

On peut dire que ses dispositions ont toujours été étrangères au référencement. En effet, précédemment elles visaient des services spécifiques, ce qui de l'avis de la majorité des auteurs, écartait leur négociation globale par les structures d'intégration à l'achat, action qui forme l'essence même du référencement.⁵⁹⁴ La situation reste inchangée sous la nouvelle réglementation qui fait explicitement référence à des prestations de services lors de la revente, ce qui exclut toute négociation dans le cadre d'un référencement.

La définition de l'**article L. 441-7 I 2° du Code de commerce** ouvre cependant deux perspectives puisqu'elle vise : *"Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;"*.

On peut donc avoir, indifféremment, la structure de référencement ou ses membres comme débiteurs de la prestation de services. L'analyse de la situation, dans les deux cas, sera néanmoins la même. En effet, puisque au regard de la définition de la coopération commerciale il s'agira de conditions détachables des conditions de vente, on sera hors de l'objet d'un référencement. La structure de référencement, prestataire de service, qui interviendrait néanmoins dans la négociation de ces

⁵⁹⁴ En effet, ces accords ne pouvaient revêtir qu'un caractère subsidiaire par rapport aux conditions générales de vente Cf. **J.M MOUSSERON** <<référencement>> p 79 n° 109 ; **Circulaire du 22 Mai 1984, dite circulaire Delors**, relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprise BOCCRF BOSP n° 9 24 Mai 1984 p 148, précitée. Voir, pour le caractère spécifique du service : **Cour de cassation chambre commerciale 24 octobre 2000** (Arrêt disponible sur le site

accords n'agirait donc pas, là, dans le cadre d'un référencement ; quant au distributeur-membre, le devenir du contrat de coopération qui le lierait au fournisseur, serait tout autant indifférent à la relation contractuelle, objet de notre étude.

- En ce qui concerne les autres actes détachables des conditions de ventes.

On se trouve dans la même situation que pour la coopération commerciale : l'objet du référencement étant la négociation de conditions de ventes, la négociation de tels accords n'a pas à influencer sur le référencement.⁵⁹⁵

248. La situation n'est pas fondamentalement différente pour les actes relevant des conditions de vente.

- Sur la question des conditions particulières de vente, la solution s'impose tout aussi facilement.⁵⁹⁶

Ces conditions n'ayant pas vocation à être étendues à l'ensemble des membres du regroupement à l'achat, elles ne s'intègrent pas dans les négociations du référencement et restent, donc, indifférentes à ce dernier. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'une centrale de référencement ne sera pas habilitée à les négocier, mais elle le fera au titre d'un mandat ou tout autre technique d'intermédiation. En tous cas, et nécessairement, elle ne le fera pas au titre d'un référencement dont l'objet reste la négociation de conditions de vente au profit de l'ensemble de ses membres, et non pas la négociation de conditions spécifiques au profit de l'un, voire plusieurs en particulier. On peut, néanmoins, se demander ce qu'il en serait si ces conditions particulières de vente, ou toute autre prestation de services non détachable des obligations d'achat et de vente, étaient étendues à l'ensemble des membres d'un regroupement à l'achat. Rien ne s'opposerait alors, logiquement, à ce qu'elles soient négociées dans le cadre d'un contrat de référencement, car elles réintégreraient les conditions générales de vente.

- En ce qui concerne précisément ces conditions générales de vente, on pourrait penser, alors, que l'exigence de relations synallagmatiques commutatives pour les pratiques non tarifaires ait une incidence sur l'analyse de légalité du référencement ; il n'en est rien.

Comme précédemment pour les remises sur quantité, ces avantages non

www.legifrance.gouv.fr). Voir, a contrario **MM. MM FABRE et SALES**<<les regroupements à l'achat>> LITEC, précité, § 131.

⁵⁹⁵ Cf. **Article L.441-7 I 3° du Code de commerce.**

LE REFERENCEMENT

détachables des conditions de vente sont, certes, prévus dans le contrat de référencement, mais ne trouvent leur justification que postérieurement à celui-ci, en l'occurrence, lors de la troisième phase du référencement correspondant à l'achat des produits référencés. Faute que la contrepartie à ces avantages en terme de prestation de services ne se trouve dans le référencement, on doit donc considérer que leur formulation dans le contrat de référencement est neutre quant à l'appréciation de sa validité, que la contrepartie en terme de service soit le fait du référenceur, des distributeurs membres ou des acheteurs.

⁵⁹⁶ Cf. **Article 441-6 I alinéa 3 du Code de commerce.**

Section II : Une influence notable au regard des pratiques d'avantages propres au référencement

249. A ces remises originelles, basées sur l'importance des échanges commerciaux ou sur des prestations de services des distributeurs, les modifications structurelles de la distribution vont en ajouter d'autres, dont la justification économique apparaîtra moins évidente.

En effet, le phénomène de regroupement des acheteurs fera basculer, à leur profit, le rapport de puissance jusqu'alors favorable aux producteurs. Cette nouvelle donne, dans la distribution, s'est opérée par un changement de la nature des ristournes qui, d'outils de stratégies commerciales des vendeurs pour la conservation de leur clientèle, vont devenir l'objet d'un conflit d'intérêt fournisseurs/distributeurs. La puissance des distributeurs regroupés, s'est traduite par l'exigence de nouveaux avantages tarifaires issus de leur puissance d'achat, mais s'éloignant de plus en plus de la réalité économique : qu'il s'agisse d'économies d'échelle, fondement des remises sur quantité, d'une rémunération, comme pour les pratiques d'avantages basées sur une prestation de services, ou d'une contrepartie commerciale, comme la fidélisation de clientèle.

Après une période pendant laquelle les relations entre la grande distribution et les fournisseurs furent presque livrées exclusivement aux lois du marché, un certain nombre de dérapages, médiatisés, ont entraîné une nette volonté de reprise en main des pouvoirs publics, réglementant le référencement à travers ses manifestations les plus controversées.

Parmi ces pratiques, certaines sont directement liées au référencement. Leur soumission à l'ordre public économique aura, de ce fait, nécessairement des implications sur l'économie de cette technique contractuelle. On peut, ainsi, distinguer entre les implications relatives à la nature du référencement (§1), et celles relatives à son fonctionnement (§2).

§1) Une influence sur la nature du référencement

250. La pratique dont il est question ici, a fait couler beaucoup d'encre et porte des noms variés et imagés : "droit d'entrée", "prime de bouton de porte" et enfin, "prime de référencement" qui est le plus explicite.

Il s'agit, malgré la variété des noms, d'un seul et même type de remise exigée avant toute commande, sous la pression de la puissance d'achat, à seule fin de pouvoir être référencé. Rien d'étonnant, alors, à ce que cette remise ait été très mal perçue par les fournisseurs et les observateurs et que, divers commentaires acerbes aient ponctué son érection dans les pratiques de la grande distribution. A ce titre, on peut considérer la "prime de référencement" comme étant au cœur des problèmes d'ordre public posés par cette technique contractuelle. Elle occupe également une place centrale, par le contexte historique de son apparition. En effet, elle marque à la fois un basculement de la puissance économique jusqu'alors détenue par les fournisseurs, au profit de la puissance d'achat des distributeurs regroupés et, parallèlement, les premières prises de conscience, en droit de la concurrence, de la potentialité nocive de ces regroupements, impliquant la nécessité de réglementer les pratiques nouvelles de la grande distribution. ⁵⁹⁷

A) La licéité de la prime de référencement

251. La "prime de référencement" repose sur l'idée que le référencement serait un avantage, en soi, qui justifierait une rémunération.

C'est l'idée qui a été défendue par les professionnels de la distribution dès les premières discussions sur ce sujet, ⁵⁹⁸ c'est toujours le principal argument employé pour justifier l'existence de cet avantage. ⁵⁹⁹ Le problème de la licéité d'une telle

⁵⁹⁷ Les *circulaires Scrivener du 10 Janvier 1978* relatives aux relations commerciales entre entreprise JO du 12 Janv. 78 et la *Circulaire Delors de 1984*, avaient déjà posé le principe de leur condamnation.

⁵⁹⁸ Cf. **MOUSSERON** et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers droit de l'entreprise 1982. 4. Intervention de **M.Franck CAMMAS**, p 11. Voir, pour un exemple jurisprudentiel : **Cour d'Appel DOUAI 05 décembre 2002** (Disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr). Cahiers de droit de l'entreprise 1982. 4.

⁵⁹⁹ Cf. **Michel Edouard Leclerc** : "*De toute façon, nos adversaires doivent choisir leur camp. Si l'on « supprime » la fonction de référencement, alors il leur faudra admettre l'obligation pour les indépendants d'intégrer la fonction achat, ce qui ne fera qu'accroître le degré de concentration de la distribution. On peut imaginer aussi que les industriels réembauchent un réseau de représentants pour aller négocier les prises de commandes, magasin par magasin, sans passer par une centrale de*

pratique pose donc, subséquentement, celui de la "patrimonialité" du référencement. L'influence de l'ordre public économique sur cette relation contractuelle apparaît ici de manière flagrante, dans la mesure où, de la réponse à cette problématique concurrentielle dépend, pour partie, la perception de la nature juridique du référencement. En effet, en cas de reconnaissance de cette patrimonialité, celle-ci devra être déclarée comme l'un des caractères fondamentaux du référencement, dont on pourra se prévaloir à l'avenir dans toute analyse. Sur cette question, les avis ont été d'emblée partagés.

1) Une incrimination spécifique

252. La reconnaissance de ce caractère patrimonial a été parfois retenue, aussi bien par la doctrine que la jurisprudence,⁶⁰⁰ cependant, la majorité des auteurs et des décisions des autorités de la concurrence se sont, très tôt, orientés vers une vision négative de cette pratique.⁶⁰¹

Le législateur leur a emboîté le pas, dans une première réforme de ***l'ordonnance du 1er décembre 1986*** insérant, dans ***l'article 36.3 du Code de commerce*** de l'époque, qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait : *"D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ; "*⁶⁰² La formulation du nouvel article parlant

référencement. Cela coûterait moins cher que de passer par nos groupements ? Chiche ! Mais alors pourquoi les adversaires du « référencement » ne se proposent-ils pas d'en être les cobayes..." Dans : <<De quoi je me MEL>> Tribune Internet du 2 Février 2006 Actualités / Débats (Distrib.) , Actualités / Débats (Eco) , Distribution. Voir également, pour un exemple d'argumentation présentée en jurisprudence : ***Cour d'Appel de Caen chambre civile 18 mars 2008*** : *" Qu'il est constant, en effet, qu'en s'adressant à une centrale de référencement plutôt qu'à douze enseignes, chaque fournisseur réalise des gains de temps importants, qui ont un prix, et assure à ses produits des débouchés commerciaux bien plus considérables. Qu'en effet cette organisation centralisée garantit potentiellement au fournisseur une plus grande présence de ses produits en rayons avec un assortiment unique, cohérent au niveau national et pour chaque enseigne où ils sont susceptibles d'être présents. Qu'il s'agit assurément d'un avantage considérable pour le fournisseur qui serait exposé à des négociations beaucoup plus longues et donc à une perte de temps beaucoup plus importante induisant des coûts de transactions bien au-delà de la rémunération facturée par INTERDIS s'il devait se présenter auprès de chacune de ces douze enseignes pour y faire référencer sa marchandise. Que le service inclut donc une centralisation des commandes et des livraisons, ce qui représente ici encore un avantage considérable pour le fournisseur, qui ne se confond pas avec une commission de référencement, contrairement à ce qu'essaie de soutenir la FNPL dans ses conclusions d'appelante."*

⁶⁰⁰ Cf. **M. PIGASSOU** "les conditions de vente" D. II 1990 p 165.

Cf. ***Cour d'Appel de Versailles 16 déc. 1987***, SGCC Contre Sole France. D.S 1990 inf. rap. 42. "...le référencement offre au fournisseur l'ouverture d'un important chantier..."

⁶⁰¹ **Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985 "supercentrales"**, précité.

⁶⁰² **Loi no 96-588 du 1er juill. 1996** sur la Loyauté et l'équilibre des relations commerciales. JO 3 juillet 1996 p 9983.

d'un avantage : "*condition préalable à la passation des commandes*", visait de toute évidence la prime de référencement, véritable "droit d'entrée" au référencement. C'est ce qui ressortait des travaux préparatoires à l'adoption de cette nouvelle disposition,⁶⁰³ c'est également à cette appréciation que s'était rangée la doctrine.⁶⁰⁴ La **loi n° 2001-420 du 15 mai 2001** a repris cette disposition dans l'**article L.442-6 I 3° du Code de commerce**, et la condamnation de cette pratique s'est faite explicite dans ce même **article L.442-6** dans sa partie **II b)** : sont nuls les clauses ou contrats prévoyant... "*D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande*";".

- La première difficulté potentielle de cette législation concernant la "prime de référencement", a trait à l'exigence d'un engagement d'achat écrit.

M.VOGEL remarquait dès la sortie des dispositions de la **loi n° 96-588 du 1er juillet 1996** sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales reprise dans l'actuel **article L.432-6 I 3°** : "*La disposition nouvelle risque de susciter des difficultés d'application dans la mesure où elle ne tient pas suffisamment compte de l'organisation de la grande distribution. La plupart des centrales existantes sont seulement des centrales de référencement et non pas d'achat : comment pourraient elles s'engager sur un volume d'achat ? le texte étant clair, il revient aux centrales de référencement d'obtenir de leurs adhérents les autorisations nécessaires pour garantir des volumes d'achat si elles veulent continuer d'exiger des primes de référencement*".⁶⁰⁵ M. VOGEL sur ce point est d'une logique incontournable, et nécessaire, compte tenu de la différence pas toujours prise en compte entre l'organe d'intégration et le regroupement des distributeurs.

- L'autre difficulté que l'on peut envisager concernant ce texte et l'exigence d'une contrepartie en terme d'achat, à notre sens, serait en présence d'autres avantages nécessitant également cette contrepartie spécifique.

Quoiqu'il en soit, la référence à la nécessité d'un accord écrit sur un volume d'achat proportionné et/ou d'une prestation de services préalable à la passation de toute commande de l'**article L.442-6 I 3° du Code de commerce** écarte, de fait, l'idée que la possibilité d'être référencé puisse constituer, en soi, un avantage monnayable. Cette affirmation se trouve renforcée par l'annulation, dans l'**article**

⁶⁰³ Cf. supra n° 102.

⁶⁰⁴ Cf. **M. Louis VOGEL** Jurisclasseur Contrat-Concurrence-Consommation Août-Septembre 1996 n° 142 p 9.

⁶⁰⁵ Cf. **M. Louis VOGEL** Jurisclasseur Contrat-Concurrence-Consommation Août-Septembre 1996 n° 142 p 10.

L.442-6 II b), de tout accord relatif au paiement d'un droit d'accès préalablement à la passation de toute commande. Le rejet par le législateur du caractère patrimonial du référencement par la réglementation stricte de cette pratique est donc, a priori, sans appel. Ce rejet de principe n'est pas sans poser quelques questions. On peut, déjà, s'interroger sur la nécessité d'une incrimination spécifique de cette proposition sur laquelle la jurisprudence s'était, dès l'origine, prononcée négativement et dont les textes existant permettaient déjà la condamnation.

2) Un caractère discriminatoire largement sanctionné

253. Le principal problème que posent ces primes de référencement ou ristournes assimilées est que, reposant sur le référencement, elles ne paraissent avoir pour seule contrepartie, comme l'a précisé très tôt la Commission de la Concurrence dans l'*avis DIFRA du 30 octobre 1986*, " *que l'assurance selon laquelle le groupement n'utilisera pas son pouvoir de ... Les déréférencer ou de ne pas les référencer de nouveau.*" ; ⁶⁰⁶ ce qui les fait, nécessairement, apparaître comme étant discriminatoires.

Présentée sous cet angle, il semble effectivement difficile que cette pratique puisse échapper à l'application de l'ordre public économique. Indépendamment des textes spécifiquement adoptés à son encontre et précédemment cités, elle relèverait déjà de l'*article L.442-6 I 1° du Code de commerce* en l'absence de toute valeur patrimoniale et de réelles contreparties à cet avantage. Pareillement, si elle n'est effectivement pas justifiée autrement que par l'action de référencer ou de ne pas référencer, elle crée un déséquilibre dans le contrat, au profit des distributeurs, et relève également de l'*article L.442-6 I 2° du Code de commerce* que nous avons déjà évoqué. C'est l'aspect "rupture de la commutativité" du contrat.

254. Ce problème de "patrimonialité" du référencement se retrouve, quand il s'agit d'appréhender la "prime de référencement" comme entente et/ou abus de domination.

En effet, cette absence de reconnaissance d'une contrepartie réelle entraîne l'incrimination de cette pratique comme entente illicite, dans l'*avis DI-FRA* précité, parce que faussant le jeu de la concurrence en favorisant une baisse artificielle des prix au sens de l'*ancien article 50 de la loi Galland* ; ce qui correspond,

⁶⁰⁶ *Commission de la Concurrence : Avis DI-FRA du 30 octobre 1986*. BOCCRF Bulletin officiel des services des prix n° 2 du jeudi 29 Janvier 1987.

actuellement, à **l'article L.420-1 2° du Code de commerce**. Ici, c'est l'avantage indûment obtenu des fournisseurs qui favorise la baisse artificielle des prix constatés. On aurait pu, néanmoins, soutenir également une incrimination sur la base de **l'article L.420-1 1°**, dans la mesure où l'exigence de cette prime induite pourrait limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence des fournisseurs référencés. Si un tel accord pouvait être retenu comme ayant une portée communautaire, nul doute qu'il serait également sanctionné comme entente sur le fondement de **l'article 101 e) du TFUE** en ce qu'il consisterait à : "*Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*". De la même façon, l'absence de contrepartie à la "prime de référencement" pourrait, également, si les conditions d'une position dominante ou d'une dépendance économique étaient constatées, constituer en tant que condition de vente discriminatoire une exploitation abusive motivant une application de **l'article L. 420-2 du Code de commerce**. Dans son **Avis sur les Supercentrales**, la Commission de la Concurrence avait, précédemment, envisagé de sanctionner cette pratique parce qu'il pouvait en résulter : "*un coût supplémentaire et artificiel d'accès au marché.*".⁶⁰⁷ Au plan communautaire, c'est au titre de **l'article 102 a) du TFUE** que pourrait être condamné le fait d' "*Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*". Ces différentes possibilités d'incrimination confirment, que point n'était nécessaire de prévoir un texte spécifique pour la "prime de référencement". On peut, d'ailleurs, étendre cette remarque à d'autres incriminations spécifiques des pratiques discriminatoires.⁶⁰⁸ Aussi, si l'on excepte la tendance naturelle de certains politiques à présenter comme des avancées notables ce qui n'est que reformulation de jurisprudences acquises, et si l'on souhaite donner un sens aux dispositions spécifiquement adoptées, on ne peut le trouver que dans la volonté du législateur d'affirmer la condamnation explicite de toute valeur patrimoniale du référencement. On peut en déduire que cette question faisait encore débat lors de l'adoption de ce texte. Il apparaît, alors, intéressant de rappeler les termes de ce débat.

⁶⁰⁷ Commission de la Concurrence : **Avis du 14 Mars 1985 "supercentrales"**, précité.

⁶⁰⁸ Voir, dans ce sens, les développements de **Mme Christine VILMART** Avocat à la Cour de Paris : <<Le volet concurrence de la loi en faveur des PME : de la "facturologie" au "bidouillage" >> Gazette du Palais, 22 novembre 2005 n° 326, p 2.

B) La question d'une "patrimonialité" du référencement

255. Sur cette question de la validité de la prime de référencement, la position de la loi apparaît claire qui - en fixant comme contrepartie à cet avantage, l'existence d'un volume d'achat proportionné et éventuellement d'un service - reconnaît indirectement sa validité, sous certaines conditions, mais réfute la valeur patrimoniale intrinsèque du référencement.

Si l'on souhaite néanmoins approfondir cette problématique et comprendre les raisons ayant poussé le législateur à incriminer spécialement cette pratique, sans que ce soit juridiquement nécessaire, il convient de revenir à l'étude de la jurisprudence ayant précédé cette décision.

1) L'hypothèse d'une valeur commerciale du référencement

256. La jurisprudence en matière d'ordre public économique a, par ***l'Avis DIFRA précité du 30 octobre 1986 de la Commission de la Concurrence***, manifesté, dès l'origine, son hostilité à l'égard de la prime de référencement.

Il n'est pas certain, cependant, que cette jurisprudence DI-FRA, dans laquelle on a pu voir une condamnation de principe de ces pratiques commerciales, doive véritablement être analysée comme telle.⁶⁰⁹ Dans cette décision, la commission visait la situation d'une demande de ristourne inconditionnelle de 1% au fournisseur, par le référencement de distributeurs récemment intégrés au regroupement. La commission, pour écarter la reconnaissance d'une prime de référencement, rappela l'existence de relations commerciales antérieures entre les fournisseurs et les distributeurs membres du regroupement à l'achat concerné. Si ces relations existaient, précédemment, c'est donc que le regroupement n'apportait aucun avantage en terme de recherche de commercialisation. Il n'est pas étonnant, dans ce cas, que cette ristourne soit apparue injustifiée. La Commission de la Concurrence prenait ainsi, à contre-pied, la thèse défendue par la supercentrale, selon laquelle le référencement représenterait, en lui-même, un avantage économique pour les fournisseurs. Il convient de s'attarder un moment sur l'argumentation présentée par la supercentrale **DI-FRA** telle que rapportée par la

LE REFERENCEMENT

Commission de la Concurrence dans cet **avis du 30 Octobre 1986**. " *DI-FRA justifie notamment la recherche de remises et ristournes inconditionnelles de groupement par les services dont bénéficieraient les producteurs du simple fait de leur référencement. Elle souligne que <<s'agissant des relations avec les fournisseurs . . . ses adhérents ne sont pas demandeurs. Ce sont les producteurs qui très souvent proposent à DI-FRA de faire distribuer par ses adhérents les produits qu'ils souhaitent mettre sur le marché>>. Dès lors, le référencement d'un producteur constituerait <<la clé qui lui ouvre l'accès au marché potentiel des adhérents avec lesquels il pourra réaliser un chiffre d'affaires>>. Le fait que les adhérents ne soient pas juridiquement obligés de passer un volume de commandes déterminé auprès du fournisseur ne diminue en rien, selon DI-FRA, l'importance du service qui lui est offert par le référencement, c'est-à-dire la simple possibilité de vendre ses produits aux adhérents. Au demeurant, estime DI-FRA, les adhérents sont en fait orientés vers le producteur référencé par la fiche qui leur fait connaître les avantages minima qu'ils peuvent obtenir en se fournissant chez lui. Au total, pour DI-FRA, <<loin d'être artificiel, le référencement a une valeur économique certaine>> justifiant les remises inconditionnelles.*". Cette argumentation, est à rapprocher de celle présentée dès l'origine par M. Cammas, lors de la table ronde sur les centrales d'achat, et reprise, depuis lors, par les distributeurs. Distributeurs qui expriment également l'idée que, le référencement présente un avantage effectif pour les fournisseurs, en les dispensant d'un effort de commercialisation. ⁶¹⁰ On retrouve une argumentation similaire comme justification économique à la prime, ou droit d'entrée, souvent stipulée en matière de franchise, à laquelle elle emprunte son raisonnement. ⁶¹¹ L'action du regroupement apparaîtrait, alors, comme un avantage commercial monnayable, à l'instar du "savoir-faire", de la marque, et d'autres éléments incorporels justifiant la rémunération du franchiseur. L'hypothèse d'un rapprochement est tentante. Elle signifierait que le service apporté par le référencement représenterait bien un moyen commercial d'accès à une clientèle, comme le savoir-faire et la marque peuvent représenter cet accès, pour les contrats de franchise. On comprend mieux, dès lors, l'argumentation de la Commission de la Concurrence dans l'avis DI-FRA qui, en relevant en l'espèce l'absence d'avantage économique supplémentaire pour les fournisseurs, par rapport à la situation qui prévalait antérieurement, réfute l'argumentation liée à l'existence de cet avantage économique intrinsèque au référencement. Doit-on, pour autant, y voir une

⁶⁰⁹ **Commission de la Concurrence : Avis DI-FRA du 30 octobre 1986**. BOCCRF Bulletin officiel des services des prix n° 2 du jeudi 29 Janvier 1987 précité.

⁶¹⁰ Cf. supra n° 251.

⁶¹¹ Sur ce droit d'entrée en matière de Franchise, Cf. **M.Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 360 n° 709.

condamnation d'une certaine "patrimonialité" du référencement par la jurisprudence en accord avec la loi actuelle, ou une décision d'espèce ? Le sens de cette décision apparaît assez simple. L'avantage nommé "prime de référencement" est illicite au regard des règles de concurrence, parce que ne reposant sur aucune contrepartie réelle s'il rémunère la seule action de référencer. On peut, donc, penser que cette jurisprudence laisse ouverte la possibilité qu'il en soit différemment si le référencement permettait, effectivement, l'apport d'une clientèle nouvelle, ou tout autre avantage commercial effectif.

Cette hypothèse demande à être clarifiée.

2) Les ambiguïtés d'une condamnation

257. La Commission de la Concurrence évoquait, explicitement, la possibilité d'une contrepartie à la prime de référencement en précisant dans le même avis que :

*"Il n'est pas contesté que le regroupement de distributeurs, même concurrents entre eux, dans le cadre d'une structure commune de discussion ou de négociation avec les fournisseurs puisse, dans certaines circonstances, contribuer au progrès économique. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'une telle structure offre des services effectifs aux producteurs sur le plan de l'assurance des débouchés, du groupement des livraisons, de la logistique ou de la facturation. Tel peut être également le cas lorsqu'une telle structure permet aux distributeurs d'améliorer les conditions réelles de leur exploitation en leur offrant certains services techniques."*⁶¹²

On peut donc en déduire que, dans les circonstances de l'espèce, la contribution économique du regroupement à l'achat n'a pas suffi à compenser son exigence d'un "droit d'entrée" et à justifier le déréférencement dont il s'était rendu coupable, faute de l'avoir obtenu des fournisseurs. Mais on peut également en déduire que, dans le cadre des exemples évoqués par la Commission de la Concurrence, le référencement pourrait, en revanche, représenter un véritable avantage de commercialisation offrant une véritable contrepartie à cette "prime de référencement", ce qui entraînerait sa validité.⁶¹³ Il s'agirait alors d'un véritable "service". La jurisprudence semble, donc, avoir directement inspiré le nouvel

⁶¹² Cf. **Commission de la Concurrence : Avis DI-FRA du 30 octobre 1986**. BOCCRF Bulletin officiel des services des prix n° 2 du jeudi 29 Janvier 1987, précité.

⁶¹³ Par un raisonnement semblable, **Mme M.E ANDRE** estimait au sujet de ces primes dans son article <<déréférencement et droit des contrats>> Cah. dr. Entr. 1983. 2. *"En vérité, elles ne sont point*

article L.442-6 I 3° du Code de commerce, qui subordonne la validité de la "prime de référencement" à une obligation d'achat écrite et, le cas échéant, une prestation de services, ainsi que l'**article L.442-6 II b)** qui le complète, en déclarant nulle toute clause contraire. Ces textes s'accordent pour condamner l'existence d'une "prime de référencement" sans contrepartie autre que le référencement, mais laissent la porte ouverte à une "prime de référencement" fondée sur un service spécifique. La "prime de référencement" se retrouve ainsi reléguée au rang de n'importe quel avantage trouvant sa contrepartie dans un engagement d'achat ou une prestation de services, à la différence, que c'est dans le référencement que devraient être trouvés, non seulement cet engagement d'achat, mais également la prestation de services. Certaines décisions de jurisprudence récentes se sont alignées à la lettre sur cette position.⁶¹⁴

258. C'est précisément en raison de cette particularité, que l'on peut se demander si ces textes ne recèlent pas, à terme, certaines difficultés d'application liées à une ambiguïté fondamentale.

Faire référence à une justification possible de la prime de référencement par un service demandé par le fournisseur suppose, déjà, que celui-ci soit négocié dans le référencement. Il fera donc partie des conditions de vente, ce qui le différencie d'autres qualifications de prestations de services reconnues dans la distribution que sont la coopération commerciale et les autres services commerciaux. Mais cela suppose, également, que le service en question soit lié au référencement, sinon il ne mériterait plus sa qualification. Dès lors, de reconnaître qu'il puisse y avoir des services directement issus du référencement susceptibles de valider cet avantage, à admettre que le référencement constitue en lui-même un avantage s'il intègre ces services, il n'y a qu'une marge étroite. Cette ambiguïté apparaît dès le début dans la jurisprudence. Ainsi, dans l'**arrêt Di-FRA**, la Commission de la Concurrence réfute l'argumentation d'un avantage commercial intrinsèque au référencement

condamnables en elles-mêmes, mais uniquement au cas où elles rendent discriminatoires les prix obtenus par un client."

⁶¹⁴ **Voir, dans ce sens : Cour de cassation chambre commerciale 24 octobre 2000** "...l'arrêt retient, se référant aux constatations du Conseil issues de l'enquête et de l'instruction, d'abord que les "primes de référencement" rémunèrent l'assurance pour la société Philips que les produits de sa marque seront offerts à la vente, pendant de larges périodes, et pour des assortiments importants, par les revendeurs concernés, ensuite que le référencement peut s'accompagner ou non, selon les enseignes, de la centralisation des livraisons et de la facturation, et enfin qu'en considération de l'importance de l'assortiment des produits référencés, des quantités de matériels et de la centralisation des livraisons et de la facturation, les primes octroyées par Philips peuvent varier de 1 à 7 % ; qu'en déduisant de ces constatations que ces remises ne présentent pas de caractère anticoncurrentiel dès lors qu'elles sont assorties pour le fournisseur d'une contrepartie réelle et objectivement définie qui se distingue de celle rémunérée au titre des accords de coopération, la Cour d'Appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé...". (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

parce que, en l'espèce, elle estime qu'il n'y a pas preuve d'apport de clientèle nouvelle. Cette preuve serait rapportée, apparaîtrait-elle comme une prestation de services annexe au référencement ? au même titre que les autres services cités et présentés également dans l'**arrêt du 24 Octobre 2000** comme susceptibles de fournir la contrepartie à la prime de référencement : large assortiment maintenu sur une longue période, centralisation des commandes, des livraisons et facturations ? ou comme une manifestation de la nature du référencement ? On peut se poser la même question concernant certaines décisions récentes, qui semblent reconnaître l'existence de services intrinsèques au référencement justifiant une telle prime, proches de ceux revendiqués par la grande distribution.⁶¹⁵ Si l'on s'en tient à la définition dépouillée que nous avons admise de cette relation contractuelle, il s'agirait, sans aucun doute, de prestations annexes.⁶¹⁶ On peut cependant penser que cette définition est susceptible d'évolution sous la pression de l'ordre public économique. Il n'est pas impossible d'imaginer que certaines de ces prestations, ou d'autres, entrent dans les coutumes commerciales et soient, de fait, intégrées au référencement. On peut soutenir qu'alors, un référencement ainsi redéfini prendrait la dimension patrimoniale que lui refusent pour l'instant le législateur, et la jurisprudence.

Comme on le voit, par delà la discussion relative à sa nature, la validité de ce "droit d'entrée" ayant des implications sur les conditions dans lesquelles s'exerce le référencement, son éventuelle reconnaissance ne sera nécessairement pas neutre, non plus, quant à l'analyse fonctionnelle du référencement. Il rejoint en cela les autres avantages propres à cette nouvelle technique contractuelle.

⁶¹⁵ Cf. **Décision de l'Autorité de la Concurrence n° 11-D-03 du 15 février 2011** relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais : *"Il résulte en effet de l'instruction que la clientèle grands comptes insiste fortement à la fois sur l'importance d'un dialogue national avec un petit nombre de groupes autorisant une négociation centralisée et sur l'importance accordée à l'existence au niveau local d'une pluralité de GASC référencés permettant aux établissements locaux de disposer d'un choix ouvert en toutes circonstances.....Lors de son audition, le directeur général de Convergence Achats a ainsi expliqué : « pour couvrir les enseignes du groupe Flo, il nous faut référencer les grands réseaux, ce qui nous permet une négociation centralisée. Il serait impossible de négocier avec tous les petits fournisseurs, nous devons rationaliser la négociation. La négociation est nationale » (cote 1410).....Enfin, le directeur des achats alimentaires de Sodexo a expliqué, au sujet de Pomona, Creno et Hexagro : « En ayant recours aux trois gros opérateurs, ça nous permet d'avoir une couverture nationale conforme à notre cahier des charges qui est national. (...) Dans le métier de la distribution des F&L, il y a un gros écart entre les trois gros nationaux [Pomona, Creno, Hexagro] et des distributeurs régionaux. Le groupement [sous-entendu le groupement Creno] met à la disposition des membres, des services en matière de qualité, marketing et logistique. Ils se sont groupés pour pouvoir répondre aux clients importants et pour pouvoir fournir des services absolument déterminants » (cotes 1119 à 1129). "*

Cf. **Tribunal de Commerce d'Orléans 11 décembre 2009 n° 2008-7224** : *" Le référencement, qui est fondamental pour les fournisseurs et adhérents, est un processus long et permanent, il justifie en soi avec ou sans PSC (Prestation du service central) une rémunération assurée par les fournisseurs, les adhérents devant de leur côté payer une contribution à la Société MR BRICOLAGE."* Disponible sur la banque de données DALLOZ.

⁶¹⁶ Cf. Supra : n° 35 *"La négociation par le regroupement à l'achat de conditions de vente dont bénéficieront ses membres."*

§2) Une influence sur le fonctionnement du référencement

259. Le référencement, comme on l'a vu lors de sa présentation, est une relation qui, à partir d'une base immuable, peut subir de nombreuses fluctuations.

Certaines de ces fluctuations, naissent directement de la confrontation des volontés de la puissance d'achat et des producteurs, mais il en est d'autres, qui trouvent leur origine dans les impératifs de l'ordre public économique. Il en est ainsi, chaque fois que l'une des manifestations de cette négociation entre producteurs et distributeurs est réglementée par cet ordre public économique, et que cette réglementation ajoute aux conditions de mise en oeuvre du référencement. On a vu ce qu'il en est de la prime de référencement qui, par delà l'appréciation de sa nature, exigerait un engagement d'achat écrit ou une prestation de services ; engagements que devrait intégrer le référencement. Il nous reste, à présent, à étudier l'impact de cette réglementation sur les autres avantages nés de cette nouvelle technique contractuelle que sont : la "généralisation des ristournes" et "la commission de gestion". Leur assiette, contrairement à la prime de référencement, ne repose pas directement sur la nature du référencement, mais sur ses implications. Pour cette raison, si une influence de l'ordre public économique à travers ces avantages doit se faire sentir sur le référencement, ce sera exclusivement sur son fonctionnement. Pour quelle raison et en quoi s'exercera cette influence, c'est ce qu'il convient de voir en étudiant, successivement, ces deux pratiques.

A) La généralisation des avantages

260. L'uniformisation et la globalisation des ristournes sont particulièrement représentatives de la nouvelle puissance d'achat des distributeurs.

L'uniformisation n'est pourtant pas une pratique existant uniquement dans le cadre des relations regroupement à l'achat/fournisseurs, issues du référencement. Certains problèmes, liés à cette uniformisation, se sont posés bien avant le phénomène d'intégration à l'achat, notamment dans le cadre des contrats de concession, à travers la clause du client le plus favorisé. Cependant, bien qu'il ne soit pas propre à cette relation, le problème de l'uniformisation des ristournes l'intéresse particulièrement, dans la mesure où il correspond à une première

exigence courante des regroupements au profit de leurs membres. Il rejoint en cela la globalisation des ristournes. On remarquera au passage que, les expressions généralement employées de "globalisation" et "d'uniformisation des ristournes", sont quelque peu impropres, dans la mesure où l'effet de ces pratiques touche aussi bien les avantages tarifaires, que les conditions de paiement et les avantages en nature. On devrait donc, plus exactement, parler d'uniformisation des avantages et de globalisation des avantages.

1) Des pratiques intimement liées au référencement

261. Dans le cadre des relations nées d'un référencement de fournisseurs par un regroupement à l'achat, la pratique consistant à uniformiser les avantages pourra résulter :

- Soit, de l'uniformisation d'avantages négociés préalablement ou postérieurement entre le regroupement et les fournisseurs, ou entre les fournisseurs et certains distributeurs membres, étendus aux autres par le jeu de la clause du client le plus favorisé.

- Soit, directement, de la négociation, par le regroupement, pour l'ensemble des distributeurs membres, d'avantages préexistant seulement pour certains d'entre eux.

La première situation a fait l'objet, par MOUSSERON, d'une analyse d'une grande clarté qui, à notre sens, ne souffre aucun commentaire. Il convient, donc, de s'y référer. *"Il ne saurait être question pour le bénéficiaire de pareille clause de reconstituer un <<patchwork >> en prélevant dans chacun des contrats confrontés, les dispositifs qui lui sont favorables. On arriverait, alors, à la mise en place d'un contrat qui ne serait ni le premier ni le second mais bien un troisième accord dont le second partenaire, éventuellement bénéficiaire d'une telle clause, pourrait à son tour, obtenir l'avantage ; le fournisseur devrait, alors, subir un contrat qui n'aurait jamais été convenu avec qui que ce soit, n'ayant jamais fait l'objet d'un accord de deux volontés. Les interprètes ordinaires de ces dispositifs conseillent, alors, aux parties de choisir entre <<la clause du contrat globalement le plus intéressant>>, le second contrat venant, éventuellement, s'appliquer en son entier aux premières relations et la "clause du prix le plus avantageux" appelée à jouer dans les seuls cas où ces accords diffèrent, uniquement par la*

rémunération." ⁶¹⁷

262. Quand l'uniformisation des ristournes ne proviendra pas de l'application de la clause du client le plus favorisé mais d'une négociation globale, étendant à tous les membres bénéficiaires les meilleurs avantages obtenus par certains d'entre eux, alors elle se rapprochera de la seconde situation : la globalisation des avantages.

Ces deux exigences sont en effet très proches l'une de l'autre, tout en étant différentes. Elles sont très proches, parce qu'elles reposent toutes deux sur la volonté de faire traiter tous les distributeurs membres sur un pied d'égalité quant aux avantages accordés par le fournisseur et ce, indépendamment de l'importance de leurs commandes respectives, de leur catégorie commerciale, de leur implantation géographique, de leur notoriété et de leur solvabilité. Ces pratiques d'uniformisation et de globalisation des avantages diffèrent, cependant, dans leurs effets. L'universalisation vise, comme nous l'avons vu, à faire accorder à tous les distributeurs membres le même avantage tarifaire, ou autre. La globalisation vise, pour sa part, à faire fictivement considérer l'ensemble des membres d'un groupement comme un acheteur unique et, donc, à faire calculer ces avantages, sur la base des capacités commerciales supposées de cet acheteur unique.

- Il s'ensuit, d'une part, que ces pratiques correspondent l'une et l'autre à un degré différent d'exigence des centrales : l'uniformisation des avantages constituant le premier degré d'intégration à l'achat, la globalisation correspondant au degré ultime de l'intégration.

- Il s'ensuit, d'autre part, que si l'uniformisation des avantages peut exister indépendamment de leur globalisation, l'inverse n'est pas vrai, et la globalisation supposera, nécessairement, une uniformisation préalable, car une intégration à l'achat ne peut se concevoir sur une différence de traitement. ⁶¹⁸

- Il s'ensuit également que, si l'uniformisation des avantages ne peut être considérée comme propre aux relations découlant d'une intégration à l'achat, en revanche, comme nous l'avons exprimé, la globalisation des avantages paraît revêtir ce caractère.

Elle le revêt à double titre : d'abord, en raison de son objet, qui est d'assimiler un

⁶¹⁷ **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 100.

⁶¹⁸ Ces deux demandes sont d'ailleurs, en pratique, liées. Voir, pour un exemple : **Décision du Conseil de la Concurrence n° 03-D-11 du 21 février 2003** relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.

ensemble d'acheteurs à une seule et même entité, ensuite, en raison de son assiette, qui fluctue en fonction de l'évolution de l'intégration et entraîne une renégociation de son montant en cas d'élargissement du regroupement à l'achat, justifiant son surnom de "corbeille de la mariée".⁶¹⁹ Indépendamment des ressemblances et différences entre ces deux pratiques, il est une convergence qui nous intéresse au plus haut point dans notre discussion actuelle : la constatation que leur assiette commune consiste en ce que la structure de regroupement négocie pour le compte d'acheteurs regroupés. Ce qui est une incidence directe de ce mode d'approvisionnement. Ces avantages trouvent, donc, leur fait générateur dans le référencement, au sens strict du terme. Les conditions posées par l'ordre public économique à la validité de cette ristourne devront, de ce fait, être intégrées et compatibles avec l'analyse du référencement en tant que relation contractuelle, ce qui aura nécessairement une incidence sur son fonctionnement.

Cette affirmation nécessite d'être précisée au regard des conditions de validité de ces pratiques.

263. Le premier problème concurrentiel commun à l'uniformisation et à la globalisation des avantages est interne au regroupement à l'achat.

En effet, on doit constater que leur existence entraîne, nécessairement, une distorsion de concurrence entre les adhérents. Cette distorsion résulte du principe même d'uniformisation et de globalisation, en ce que ces pratiques débouchent sur des conditions d'achat qui ne reflètent pas la réalité des rapports concurrentiels entre les différents distributeurs qui, sans cela, en raison de la disparité de leurs commandes, disposeraient de conditions de vente différentes. Il s'agit, ici, de l'hypothèse simple d'une distorsion entre le distributeur, gros client, bénéficiant de ce fait sur sa commande de remises de quantité importantes, et le distributeur de moindre commande, bénéficiant des mêmes avantages. A ce titre, ces pratiques pouvaient être sanctionnées comme étant discriminatoires en ce qu'elles entraînaient un désavantage ou un avantage dans la concurrence entre les membres du regroupement au titre de l'ancien **article L. 442-6 I 1° du Code de commerce**. On sait que cette incrimination a été abolie, néanmoins, on peut se demander si ces rapports particuliers sont pour autant exempts de tout caractère discriminatoire. Actuellement, on peut penser qu'ils peuvent toujours être examinés sur l'**article L.442-6 I 1°** nouveau institué par la **loi du 4 août 2008** qui dispose, qu'engage la responsabilité de son auteur le fait : "*D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun*

⁶¹⁹ Cf. **Décision du Conseil de la Concurrence n° 03-D-11 du 21 février 2003** relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.

service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu...". En effet, il y a nécessairement par ces pratiques un certain déséquilibre contractuel, pour chaque contrat d'affiliation, entre les avantages obtenus et la puissance d'achat fournie en contrepartie. De la même façon, s'agissant d'un accord, le droit relatif aux ententes de l'**article L.420-1 du Code de commerce** pourrait trouver application. Il pourrait la trouver autant sur la base du **L.420-1 1°**, en ce que cet accord a pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, que sur la base du **L.420-1 2°**, en ce qu'il fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse. Pour les mêmes motifs, même s'il est peu vraisemblable que les conditions d'atteinte au marché communautaire soient réunies en l'espèce, l'**article 101 du TFUE** pourrait aussi être invoqué. La discussion sur l'application de l'**article L.420-2 du Code de commerce**, relatif à l'exploitation abusive d'une position dominante, et son équivalent en droit communautaire de l'**article 102 du TFUE** est plus subtile ; abstraction faite de leurs conditions respectives de mise en œuvre qui restent celles de droit commun. Ainsi, il paraît difficile d'envisager qu'une entreprise, possédant une position dominante sur un marché donné, puisse avoir un intérêt à ces pratiques en terme de coût de produit, du fait d'une généralisation d'avantages dont elle obtient déjà, en toute logique, les plus favorables. Si cet intérêt existait, il reposerait plutôt sur des considérations liées à une tentative détournée d'imposition des prix à la revente en maîtrisant les prix d'achat. En revanche, il est facile d'envisager qu'une entreprise exploite la dépendance économique qu'elle détient par ailleurs sur une autre, pour la contraindre à généraliser les avantages qu'elle a pu obtenir sur un marché donné, où cette entreprise dominante n'était pas, jusque là, compétitive, contrairement à l'entreprise contrainte. Toutes ces situations ne sont, néanmoins, d'aucune influence sur le référencement proprement dit. En effet, toute intervention de l'ordre public économique concernant le rééquilibrage des relations entre membres du regroupement à l'achat, porterait sur le contrat d'affiliation ou de regroupement et n'aurait, de ce fait, d'impact éventuel que sur le fonctionnement de l'opération de référencement prise dans son ensemble. S'il y a affectation du fonctionnement du référencement, au sens strict, ce ne pourra donc l'être que par les conséquences de la généralisation des avantages sur les fournisseurs référencés.

2) Des conditions de validité affectant le référencement

264. L'importance que revêt cette question de l'influence de la généralisation des avantages sur les fournisseurs, est stigmatisée par les récentes réformes du droit de la concurrence et, singulièrement, des pratiques discriminatoires. Cette question est même directement évoquée depuis la **loi n° 2005-882 du 2 août 2005** en son **article 49-I** et repris depuis dans la **Loi sur la modernisation de l'économie du 5 août 2008** et la **loi du 17 mars 2014**.

Le propre des ristournes généralisées, est de générer l'attribution d'un avantage uniforme pour tous les membres d'un regroupement, sans considération de leurs caractéristiques individuelles. Ce caractère, nous l'avons vu, entraîne, nécessairement une distorsion de concurrence entre eux si leurs capacités de commande diffèrent, mais il entraîne, également, une distorsion à l'égard des fournisseurs, contraints de leur consentir des avantages uniformisés ou globalisés sans rapport direct avec la réalité de leur commande. A ce titre, ces pratiques se trouvaient directement visées par l'**article L.442.6 2°(a)** in fine initial institué par la **loi du 2 août 2005**, devenu le **L.442-6 I 1°** par la **loi du 17 mars 2014**. Se trouve ainsi sanctionné, pour rupture de la commutativité de la convention, le fait : *"D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ... Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;"*.⁶²⁰ Comme pour la prime de référencement, se trouvent de nouveau expressément visées des pratiques issues du référencement et se pose, de nouveau, la question d'une condamnation de principe de ces pratiques. Cette interprétation doit, à notre sens, être rejetée.

- D'une part, en ce qui concerne l'assimilation de l'uniformisation et la globalisation des avantages à une pratique définitivement condamnée, en raison de l'utilisation du verbe "*pouvoir*", qui induit une possibilité et non une certitude ou une obligation.

- D'autre part, concernant spécifiquement le rejet de la globalisation des

⁶²⁰ Article L.442-6 I 1° du Code de commerce, LOI n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 125-III.

chiffres d'affaires, par la condition que celle-ci soit "artificielle" ; ce qui ne sera pas le cas si les commandes sont en rapport avec le potentiel d'achat globalisé annoncé.

De la même façon, concernant la pratique d'uniformisation des avantages, même si se trouve expressément visée " *une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients*", cette disposition devrait être analysée au regard de la partie II de ce même article **L.442-6 du Code de commerce** qui déclare nulle la clause consistant à "*... bénéficiaire automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant*".⁶²¹ Disposition qui laisse à penser que le législateur a essentiellement voulu condamner le jeu de la clause du client le plus favorisé, qui réduit les possibilités de concurrence par les prix entre les centrales, et non le fait qu'à l'intérieur de la structure de regroupement, les prix soient unifiés.

265. Ces pratiques peuvent également être concernées par les dispositions anticoncurrentielles.

Elles pourraient, si les conditions d'applicabilité étaient réunies, parfaitement fonder une incrimination pour entente sur l'**article L.420-1 du Code de commerce**. Incrimination possible dans la mesure où, d'une part, ont pourrait estimer qu'elles limitent de fait le libre exercice de la concurrence sur le marché des produits, objet de l'accord d'approvisionnement, d'autre part, qu'elles favorisent une baisse artificielle des prix sur ce même marché.⁶²² Il en serait de même au plan communautaire sur l'**article 101 du TFUE**. De la même façon, si les conditions de reconnaissance d'une position dominante ou d'une dépendance économique étaient réunies, le caractère discriminatoire de cette pratique pourrait provoquer l'application de l'**article L.420-2 du Code de commerce** pour abus de domination,⁶²³ comme au plan communautaire celle de l'**article 102 TFUE**. Cette applicabilité potentielle des pratiques concurrentielles doit, néanmoins, s'envisager au regard de la jurisprudence des autorités de concurrence. Or, celles-ci ont régulièrement rappelé le principe selon lequel ces exigences issues de la négociation commerciale n'étaient pas, en elles-mêmes, anticoncurrentielles et

⁶²¹ **Article L.442-6 II d) du Code de commerce.**

⁶²² Cf. **Article L.420-1 1° et 2° du Code de commerce.**

Voir, pour une application en ce sens : **Avis du 30 octobre 1986** de la Commission de la Concurrence relatif aux pratiques commerciales de la centrale ARCI Association, B.O.S.P N° 2 du 29 janvier 1987 p 26.

⁶²³ Cf. **Article L. 420-2 du Code de commerce.**

devaient s'analyser au regard de leur impact sur cette même concurrence.⁶²⁴

266. Quoiqu'il en soit, toutes ces dispositions sont susceptibles d'entraîner une modification des comportements et d'influencer notre analyse du référencement.

En effet, le rééquilibrage des prestations, exigé par l'ordre public économique, portera sur le contenu des relations de vente entre le regroupement à l'achat et les fournisseurs référencés. On se retrouvera, donc, dans le cas où la contrainte de l'ordre public économique se traduira, nécessairement, par une exigence supplémentaire lors du contrat de référencement et conditionnera, par voie de conséquence, le fonctionnement de ce dernier. Ainsi, si la globalisation des avantages devait être subordonnée à une obligation d'achat des membres du regroupement, comme cela a été envisagé, cette obligation d'achat devrait être prévue dans le contrat de référencement en transformant, de ce fait, la situation en référencement fermé.⁶²⁵

B) La commission de gestion

267. Cet avantage correspond à la rémunération des structures d'intégration à l'achat ; il prend, généralement, la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé du fait du référencement.

Il est sensiblement différent des précédents avantages, tant par son assiette, que par son objet et par son bénéficiaire. En effet, son assiette ne consiste plus dans le regroupement des distributeurs, mais dans l'action d'intermédiation d'un tiers. Son

⁶²⁴ Cf. S'agissant précisément de la validité de pratiques d'uniformisation et de globalisation des avantages : **Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003** relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra. " *Même si les accords et pratiques susmentionnés aboutissent à des transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais de la création d'une centrale commune de référencement, ces accords et pratiques ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions du livre IV du Code de commerce que dans le cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, en portant atteinte à la présence des producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs. Ainsi, le fait, pour les distributeurs qui ont créé la centrale Opéra, de faire savoir à l'ensemble des fournisseurs qu'ils entendent, en raison de l'accroissement de la puissance d'achat générée par cette création, renégocier les conditions d'achat consenties, ou conditionner la poursuite des relations commerciales déjà nouées à l'acceptation de conditions supplémentaires, sans contreparties réelles, par rapport à celles qui avaient déjà été convenues et acceptées, pourrait être visé par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, si ces demandes avaient pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché. Une telle pratique pourrait également apparaître comme prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, si elle émanait d'une entreprise détenant une position dominante ou tenant dans sa dépendance les fournisseurs considérés et était susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur un marché.*"

objet n'est plus la rémunération d'un avantage économique, dont le contenu peut prêter à discussion, mais la rémunération d'un service. Enfin, son bénéficiaire n'est plus les distributeurs regroupés, mais la structure de regroupement. Il en résulte que, le fait générateur de cet avantage ne consistera pas dans le contrat de référencement, matérialisant un avantage économique donné, mais bien dans le référencement proprement dit : l'acte de négociation avec les fournisseurs. Acte de négociation durant lequel s'exprimera la prestation de services, dont la portée exacte reste à définir, mais dont les conditions de validité, posées par l'ordre public économique conditionneront, nécessairement, le fonctionnement.

1) Les conditions de validité

268. On remarquera, tout d'abord, que cette pratique ne s'éloigne pas d'un principe général en matière commerciale qui est celui de la rémunération des services d'intermédiation.

L'appellation même de cette rémunération en "commission de gestion", qui trouve son origine dans un temps pas très lointain où le contrat de commission a pu être envisagé pour s'appliquer à cette relation, rappelle cette filiation commune avec la rémunération des autres intermédiaires commerciaux que sont les commissionnaires, les mandataires et autres courtiers. ⁶²⁶ Cette filiation apparaît, également, dans l'analyse de cette rémunération. On a pu ainsi voir, précédemment, que ce qui caractérise la commission de gestion pesant sur les fournisseurs, c'est qu'elle était distincte des avantages accordés aux distributeurs au titre des relations commerciales, ⁶²⁷ ce qu'atteste son inscription comptable. ⁶²⁸ Elle rémunère donc, nécessairement, un service de l'organisme référencier. Dans le même sens, on peut constater, à l'analyse des contrats de référencement, que la prestation en retour de cette rémunération consiste bien en une activité d'intermédiation. En effet, on a pu noter que les principales prestations envisagées

⁶²⁵ Cf. La discussion sur ce point en infra p 348.

⁶²⁶ Cf. **M.SORIA** : << <<centrales et groupements d'achat >> >> Dalloz rep com Ve 1987 ; **Mme SELINSKY**, << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988.

⁶²⁷ Cf. Supra : p 79 et note 148.

⁶²⁸ **Mmes FERRY et MOMEGE** << l'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?>> JCP entreprise 1985 II 1441 p 162 n°5. "*L'écriture comptable des ristournes est directement liée aux comptes achat compte 60 et vente compte 70 : elles seront portées au compte 609 remise, ristourne, rabais obtenus et 709 remise, ristourne, rabais accordé chez le fournisseur. La "commission de gestion" sera, elle, inscrite dans un compte frais de gestion et autres charges.*".

LE REFERENCEMENT

comme pouvant constituer une contrepartie à la commission de gestion perçue et pesant sur le référenceur consistent en :

- l'obligation de présenter les conditions du fournisseur à la clientèle potentielle de ses adhérents,⁶²⁹
- l'obligation de favoriser la conclusion de contrats d'achat/vente avec ses adhérents,⁶³⁰
- l'instauration d'un système quelconque de garantie, par la structure de référencement, des contrats de vente conclus entre les fournisseurs référencés et les distributeurs membres,⁶³¹
- l'instauration, à l'égard de la structure de référencement, d'une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses membres.⁶³²

Il est donc naturel que les conditions de validité d'une commission de gestion suivent celles communes à n'importe quelle rémunération d'intermédiaire. Le défaut de présence de l'une au moins des obligations sus définies en contrepartie à cette rémunération, entraînerait sa nullité pour absence de cause au regard de l'ordre public contractuel. De la même façon, l'ordre public économique aurait également vocation à s'appliquer, car une telle obligation des fournisseurs apparaîtrait discriminatoire, au titre de l'absence de commutativité du contrat. Elle tomberait, de fait, sous le coup de l'**article L.442-6 I 1° du Code de commerce** en ce qu'elle consisterait à : *"... obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu."*⁶³³ L'absence d'obligation de la structure d'intégration à l'achat, en contrepartie de la commission de gestion, pourrait également impliquer, si les conditions d'applicabilité étaient par ailleurs réunies, une incrimination au titre de l'**article L.420-1 du Code de commerce** comme entente et, pareillement, sur l'**article 101 du TFUE**. Il n'est, en effet, pas douteux que l'obligation de payer une somme sans contrepartie à un référenceur, pour pouvoir contracter avec ses membres, constitue une limite à l'accès au marché et au libre exercice de la concurrence. C'est d'ailleurs sur ce même motif qu'a été condamnée la pratique

⁶²⁹ Cf. Supra : n° 63.

⁶³⁰ Cf. Supra : n° 63.

⁶³¹ Cf. Supra : n° 63.

⁶³² Cf. Supra : n° 61.

⁶³³ **Article L.442-6 I 1° du Code de commerce.**

dite du "bouton de porte" ou "prime de référencement".⁶³⁴ Cette absence de contrepartie pourrait également constituer un abus de position dominante ou un abus de dépendance économique sur la base de l'**article L.420.2 du Code de commerce** ou de l'**article 102 du TFUE**, si les conditions d'applicabilité en terme de position dominante et d'atteinte au marché étaient, là aussi, constatées.⁶³⁵

2) L'influence sur le référencement

269. L'existence d'une "commission de gestion" ouvre trois possibilités :

- La première, consiste en ce qu'il soit possible de trouver, dans les obligations de la structure de référencement, une des prestations de service prédéfinies reconnues comme constituant la contrepartie à cette rémunération. Dans ce cas, l'existence de cette contrepartie aura, nécessairement, des répercussions sur le fonctionnement du référencement, dans la mesure où, induisant des relations contractuelles réciproques dans cette relation, seule pourra être avancée, comme analyse fonctionnelle, une technique contractuelle permettant ces relations réciproques.

- La seconde hypothèse consiste, en ce qu'on ne puisse trouver, dans les obligations de cette structure, une telle contrepartie. Dans ce cas, le paiement d'une "commission de gestion" tomberait sous le coup d'une des incriminations sus visées. L'accord concernant le versement de cet avantage serait donc considéré comme nul, tant au regard de l'**article 6 du Code civil**, que des dispositions particulières de l'**article L. 420-3 du Code de commerce** ou en application de l'**article L.442-6 III du même code**.

Il paraît pourtant difficile d'envisager cette dernière solution. En effet, ce qui serait remis en question comme contraire à l'ordre public économique, dans une telle situation, serait la cause de l'engagement du référenceur à son rôle d'intermédiaire. En d'autres termes, en fonction de l'analyse faite de la situation, ce serait l'un des éléments fondamentaux du contrat de référencement entre la structure de regroupement et les fournisseurs, ou l'un des éléments fondamentaux du contrat d'affiliation entre le regroupement à l'achat et ses membres, qui viendrait à

⁶³⁴ Voir, *Supra* : Titre " A) La licéité de la prime de référencement " p 289.

⁶³⁵ Voir, *Supra*: Titre " B) Le référencement face au droit des abus de domination " p 130.

manquer. Cette situation, qui entraînerait la nullité du contrat en cause, entraînerait, par ricochet, la nullité du référencement dans son ensemble, en raison de sa nature de contrat complexe que nous avons précédemment souligné.⁶³⁶

- La dernière hypothèse consiste en ce que, ne trouvant pas dans les obligations de la structure de référencement à l'égard des fournisseurs la contrepartie prévue à la "commission de gestion", le juge considère, pour éviter la nullité du référencement, que ces prestations soient effectuées, non pas au profit des fournisseurs, mais à celui de ses membre. Certes, cette solution assurerait la pérennité du contrat mais elle aurait, également, des répercussions sur l'analyse fonctionnelle du référencement.

Dans cette hypothèse, se poserait alors la question de savoir si, une fois rapportée à l'ensemble des avantages déjà obtenus par les membres du regroupement à l'achat, la commission de gestion, versée en leur lieu et place par les fournisseurs, pourrait trouver contrepartie de leur part. La question de cette contrepartie peut se poser par rapport aux montants des ristournes déjà obtenues sur les commandes, ou en terme de l'existence d'un service qu'il conviendrait de définir. L'absence de contrepartie à cette "commission de gestion" pourrait, déjà, entraîner une incrimination en tant que pratique discriminatoire. Il en serait ainsi concernant le contrat de référencement spécifique en cause, sur la base de l'**article L. 442-6 I 2°** au titre de son absence de commutativité. Cette "commission de gestion" pourrait, également, entraîner l'application de l'**article L. 420-1 2°** pour entente ayant fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et pour le même motif, éventuellement sur l'**article 101 du TFUE**. En effet, cette discrimination procurerait, par hypothèse, un avantage en terme de prix pour les membres du regroupement qui bénéficieraient, de son fait, d'un abaissement artificiel de leurs charges compensé par l'augmentation des ristournes obtenues. Cette pratique pourrait, au même titre, si les conditions d'applicabilité de l'**article L.420-2 du Code de commerce ou 102 du TFUE** étaient par ailleurs réunies, être également incriminée pour un abus de domination. Enfin, ce service devrait, également, être analysé au regard de l'**article L.442-2 du Code de commerce**, concernant son intégration dans le seuil de revente à perte. De fait, il s'agirait d'un avantage financier supplémentaire consenti par le vendeur, devant diminuer le prix d'achat effectif pris en compte dans ce seuil de la revente à perte.

Les conditions de validité de la commission de gestion ne sont donc pas neutres au regard de l'analyse fonctionnelle du référencement qu'elles conditionneront nécessairement, justifiant que leur soit accordée une étude particulière.

⁶³⁶ Voir, supra : n° 155.

Conclusion du chapitre 1:

270. L'objectif de ce chapitre, était, comme son titre l'indique, de déterminer si l'application de l'ordre public économique peut avoir une incidence sur le régime juridique du référencement.

Pour que cette incidence puisse exister il fallait, logiquement, prouver que les conditions de validité des différentes pratiques tarifaires et non tarifaires issues du référencement se trouvent dans une obligation prévue dans ce contrat. En sens inverse, si ces conditions de validité se trouvaient ailleurs que dans le référencement, les pratiques tarifaires concernées étaient, nécessairement, indifférentes par rapport à la question de son régime juridique. Ce chapitre a donc, naturellement, consisté en une étude systématique des obligations pouvant naître du référencement et de leurs conditions de validité. L'étude de ces pratiques tarifaires et non tarifaires a révélé une scission flagrante, mais logique, entre celles existant avant le référencement et celles postérieures à son invention. Les premières trouvant, généralement, leur justification ailleurs que dans l'accord sur la production de conditions de ventes qui caractérise le référencement, notamment dans les conditions de la commande. Les autres étant, en revanche, directement en phase avec le référencement. L'intérêt de ce chapitre résidait donc, d'abord, en la détermination des pratiques susceptibles d'influer sur le régime juridique applicable à un contrat de référencement donné, puis, en la détermination du motif de cette influence, en fonction des conditions d'ordre public économique auxquelles elle est soumise. L'autre intérêt de ce chapitre a consisté en l'identification des paramètres susceptibles de peser sur la détermination du régime applicable au référencement. Il est ainsi apparu que, la question d'une patrimonialité du référencement, celle d'une solidarité de ses membres, celle d'une garantie de l'organe de regroupement ou d'une obligation d'achat pesant sur ses membres, étaient des éléments fondamentaux conditionnant cette détermination du régime juridique devant être appliqué. Ces données préalables nous étant à présent connues, nous pouvons aborder véritablement l'étude fonctionnelle du référencement. La première étape de cette étude consistera, dans notre second chapitre, en une analyse approfondie des pratiques tarifaires ciblées, pour mesurer concrètement leur influence sur l'analyse fonctionnelle du référencement.

Chapitre II : Un ordre public économique conditionnant l'étude fonctionnelle du référencement

Introduction :

271. Si l'objet du référencement, dont la validité de principe a été reconnue par la jurisprudence, permet d'envisager le régime juridique de cette relation contractuelle en différentes alternatives fonctionnelles, encore faut-il que soient précisément identifiées les obligations des parties opérant le basculement en telle ou telle alternative.

Ces obligations nous sont à présent connues. Elle peuvent consister en une contrepartie aléatoire en terme de probabilité de vente, pour le référencement ouvert et semi-ouvert, à des obligations pesant sur le regroupement référenceur, dans le cadre du référencement semi-fermé ou, à une obligation d'achat pesant sur les distributeurs membres du regroupement, pour le référencement fermé.⁶³⁷ La variété de ces engagements en retour de l'obligation formant l'objet du référencement, ou plutôt doit-on parler de la variabilité de ces engagements - c'est-à-dire de la capacité de variation autour d'une constante que représente, en l'espèce, l'acceptation de l'obligation des fournisseurs par le regroupement ou/et ses membres - ne peut avoir pour justification que l'existence, dans le référencement lui-même, de facteurs de variabilité. Ces facteurs de variabilité, peuvent trouver leur origine dans des considérations internes à l'obligation principale formant l'objet du référencement. Cette source de variabilité endogène concerne les conditions de vente, que les fournisseurs acceptent de produire et de maintenir en vue de la conclusion des futurs contrats d'achat/vente, conditions qui peuvent changer d'un référencement à l'autre. Cette variabilité peut s'observer, également, dans l'existence d'obligations issues du référencement, mais distinctes de l'obligation principale de production et de maintien de leurs conditions de vente, qui se superposent à cette obligation. On les qualifiera d'exogènes à son objet.

272. L'ordre public économique n'est pas neutre, au regard de cette variabilité d'engagements susceptibles de modifier l'analyse fonctionnelle du référencement.

En effet, si l'on tient compte de la nature juridique sui generis de cette relation

contractuelle et sa capacité à s'analyser en différentes alternatives fonctionnelles, faute de manifestation nette de volonté des parties en faveur de l'une ou l'autre des alternatives étudiées et, parfois même, malgré cette volonté affichée, toute juridiction, face à une relation de référencement, se retrouvera devant la nécessité de conformer son interprétation du régime juridique applicable aux impératifs de l'ordre public économique. Il s'agira, pour elle, de choisir entre privilégier le régime susceptible de valider la ou les obligations posant un problème de concurrence ou, en sens inverse, invalider les dispositions contraires à l'ordre public économique au regard de son interprétation de la situation contractuelle. Face à ce choix délicat, il est impossible d'envisager une règle générale d'interprétation. Tout au plus, peut-on préciser quelques lignes directrices pouvant guider cette dernière. On peut envisager deux possibilités :

- La première consiste en ce que l'application de l'ordre public économique n'ait aucune incidence sur la détermination de ce régime.

On peut penser qu'il en est ainsi, lorsque l'ordre public économique n'est pas susceptible de mettre en cause la validité du contrat car, alors, il n'est pas nécessaire, en vertu des règles d'interprétation issues des **articles 1156 et suivants du Code civil**, de l'interpréter de telle sorte qu'il puisse produire ses effets et, par-là même, de risquer d'en modifier l'interprétation.

- La seconde consiste en ce que l'application de l'ordre public économique ait, au contraire, une incidence sur la détermination de ce régime.

Dans cette hypothèse, l'interprétation du régime juridique applicable au référencement devient complexe. Nous avons déjà, dans le précédent chapitre, déterminé quelles étaient les pratiques, nées du référencement, dont les conditions de validité sont intimement liées à celles de cette relation contractuelle. Il convient, à présent, de confronter les impératifs de validité de ces obligations avec les différentes alternatives fonctionnelles du référencement pour tenter de dresser la liste des compatibilités et des éventuelles incompatibilités.

Nous distinguerons, donc, les obligations exogènes à l'objet du référencement (Section 1), des obligations endogènes à cet objet (Section 2), ce qui correspond, en pratique, à distinguer les obligations au bénéfice de la structure de regroupement de celles au bénéfice de ses membres.

⁶³⁷ Cf. Supra : p 93.

Section I : L'incidence des avantages propres à la structure de regroupement

273. Si l'on considère que l'objet du référencement consiste, pour une structure d'intégration à l'achat, à négocier des conditions de vente au bénéfice de ses membres, on peut en déduire que tout ce qui n'est pas directement lié aux conditions de vente et à l'éventuelle obligation en retour est exogène à cet objet.

A ce titre, la rémunération sous la forme d'une commission de gestion de la structure d'intégration pour son travail d'intermédiation relève, a priori, de cette qualification. Pareillement, en ce qu'elle rémunère l'action même de référencer, la prime de référencement est, nécessairement, antérieure à cette action et donc, également, exogène à l'objet du référencement. Il apparaît, donc, que la qualification d'avantages exogènes se confond avec celle d'avantages au bénéfice de la structure de regroupement, ce qui justifie notre titre de section. La question, qu'il convient de se poser, est de savoir en quoi l'application de l'ordre public économique à ces pratiques, dont on a déterminé précédemment l'influence potentielle sur le régime juridique du référencement, peut induire des conséquences concrètes. C'est ce que nous allons, à présent, essayer de déterminer en distinguant, logiquement, dans cette première partie de notre chapitre : l'étude de la commission de gestion (§1), de celle de la prime de référencement (§2).

§1) La commission de gestion

274. Les principales prestations, pesant sur le référenceur, que nous avons jusqu'à présent étudiées comme pouvant constituer une contrepartie à la commission de gestion perçue, consistent en :

- l'obligation de présenter les conditions du fournisseur à la clientèle potentielle de ses adhérents,
- l'obligation de favoriser la conclusion de contrats d'achat/vente avec ses adhérents,
- l'instauration, par la structure de référencement, d'un système quelconque de garantie des contrats de vente conclus entre les fournisseurs référencés et les distributeurs membres,
- l'instauration, à l'égard de la structure de référencement, d'une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses membres. ⁶³⁸

Comprendre l'influence potentielle de ces prestations sur le référencement suppose, nécessairement, une confrontation de chacune d'elles par rapport aux différentes alternatives fonctionnelles étudiées. Cependant, on peut d'ores et déjà remarquer que leur existence, à elle seule, implique deux possibilités : la première consiste en ce que leur influence ne soit qu'incidente sur l'analyse fonctionnelle du référencement (A), la seconde est qu'elle soit déterminante sur celle-ci (B).

A) Une disposition accessoire au contrat de référencement ?

275. Envisager que l'influence de la contrepartie à la commission de gestion ne soit qu'incidente sur l'analyse fonctionnelle du référencement suppose que la commission de gestion ne soit pas, elle-même, partie intégrante de l'analyse fonctionnelle du référencement.

Il en serait ainsi dans l'hypothèse où le contrat de référencement pourrait trouver une validité et un équilibre fonctionnel, indépendamment de l'existence de cette commission de gestion. Cela supposerait que ce contrat trouve sa cause ailleurs

⁶³⁸ Cf. Supra : n° 63.

que dans les prestations de la structure de regroupement ce qui, au regard des analyses précédentes, correspond à trois cas de figures : le référencement ouvert, le référencement semi-ouvert et le référencement fermé. Dans le référencement ouvert et semi-ouvert, c'est dans une probabilité de vente que se trouve la contrepartie ; dans le référencement fermé, c'est dans la prestation d'achat en retour des fournisseurs. Ces hypothèses correspondent à deux analyses fonctionnelles possibles : le contrat unilatéral et le mandat. Il convient de confronter ces analyses à l'existence d'une commission de gestion.⁶³⁹

1) La solution fonctionnelle pour certains cas

276. Dans une première approche, la qualification en référencements ouverts et semi-ouverts, ou fermés, exclut tout échange d'obligations entre l'organe référenceur et le fournisseur lié à la "commission de gestion". On peut en déduire que, si un tel échange était constaté, ces qualifications devraient être abandonnées et, par voie de conséquence, devrait être écartée la compatibilité du référencement avec une analyse en contrat unilatéral ou en mandat. Nous avons déjà envisagé cette hypothèse, pour en conclure que si ces obligations réciproques étaient caractérisées entre fournisseurs et regroupement à l'achat, la situation juridique ainsi créée devrait s'analyser en une stipulation pour autrui ou, éventuellement, en un double courtage.⁶⁴⁰ Il semble en effet illogique, a priori, de concilier l'existence de ces obligations réciproques avec la qualification en mandat du contrat d'affiliation ou de groupement. Cette possibilité a pourtant été envisagée, très tôt, par MM. Fabre et Sales. Ces auteurs ont relevé, ainsi, certaines obligations conclues en son nom propre par une structure de regroupement à l'achat, sans que cela remette en cause à leurs yeux la qualité de mandataire : *"...au-delà de cette qualité ... de mandataire ... la centrale prend en charge un certain nombre d'obligations contractuelles propres qui résultent de son intervention en qualité de prestataire de service"* et plus loin *"qu'en référençant un fournisseur, la centrale contracte une obligation de faire au sens de l'article 1142 du Code civil, celle de présenter ce fournisseur à la clientèle potentielle de ses adhérents, de lui ouvrir ce marché. La centrale pouvant également souscrire d'autres obligations à l'égard du fournisseur qui s'analysent également en prestations de service,"* et de citer : *"la communication de savoir-faire en matière*

⁶³⁹ Cf. Supra : Titre **"2) Quatre formules principales"** p 80.

de conditionnement de produits ou de transport, des prestations à caractère publicitaire etc.". Il apparaît donc possible, pour ces auteurs, de concilier des rapports directs entre le fournisseur et la structure de regroupement à l'achat et la position de ce dernier en mandataire des distributeurs. Cette opinion est justifiée. En effet, en présence d'une obligation d'achat pesant sur les membres du regroupement à l'achat, c'est-à-dire en présence d'un référencement fermé, qui est l'hypothèse envisagée par MM.FABRE et SALES, il est impossible d'écarter l'intervention d'un mandat. Dans cette hypothèse, quelle que soit l'alternative envisagée, la structure de regroupement doit être porteuse de l'accord de ses membres à cet engagement. Partant de ce postulat, toutes les obligations réciproques entre la structure de regroupement et les fournisseurs ne peuvent apparaître, effectivement, que comme des prestations de services annexes. Cela implique qu'elles ne constituent pas la cause de l'obligation qui pèse sur les fournisseurs, qui continuera à se trouver dans les obligations des distributeurs membres.

277. Cette reconnaissance d'une possibilité d'existence de relations réciproques entre fournisseurs et organe de regroupement, annexes aux obligations propres au référencement, permet donc d'envisager également, au moins intellectuellement, la persistance, dans ce même cas de figure, d'une analyse du référencement en contrat unilatéral.

Dans cette hypothèse, la cause de l'obligation pesant sur les fournisseurs au titre du référencement continuerait, de manière similaire, à se trouver dans une probabilité de vente et non dans les obligations du référenceur. Il y aurait, néanmoins, une différence fondamentale entre ces deux hypothèses. Dans le cadre d'un référencement fermé, la perception de la "commission de gestion", en tant qu'obligation annexe au référencement, est obligatoire et induite de l'analyse du contrat, tandis que, dans le cadre de référencements ouverts ou semi-ouverts, elle serait nécessairement optionnelle et ne pourrait que découler d'une volonté clairement affichée des parties. En effet, une analyse du seul contenu du contrat laisserait plutôt envisager des relations synallagmatiques entre fournisseurs et référenceur.

278. S'il s'agit de prestations annexes au référencement proprement dit, on doit alors se demander à quel titre la structure de regroupement peut être chargée de ces obligations à l'égard des fournisseurs.

⁶⁴⁰ Cf. Supra : Titre "**§ 2) Les alternatives fonctionnelles reposant sur les engagements du référenceur**" p 216.

Si l'on se base sur les différentes hypothèses précédemment envisagées, il s'agira toujours d'une obligation de faire et d'une activité de service. La qualification de contrat d'entreprise serait alors applicable. Si, par-delà ce service, elle concluait au nom et pour le compte des fournisseurs les contrats de vente elle apparaîtrait, alors, comme leur mandataire. Cependant, rien n'empêche également d'envisager qu'elle agisse comme courtier ou commissionnaire. Encore faudrait-il que le contenu même de ces prestations annexes ne soit pas inconciliable avec ces analyses. C'est essentiellement à l'égard de l'organe de regroupement à l'achat que des questions peuvent se poser.

- D'une part, ces obligations viendraient-elles en contradiction avec celles qui pèsent sur le référenceur au titre du contrat d'intermédiation passé avec ses membres ? Ce qui pourrait remettre en cause cette qualification.

- Pourraient-elles, d'autre part, représenter une prestation de services réelle, distincte des obligations pesant déjà sur le regroupement du fait de ce contrat d'intermédiation et pouvant servir de cause à l'obligation pesant sur les fournisseurs de payer la commission de gestion ? Ce qui validerait cette dernière.

C'est à ces questions qu'il convient, à présent, de répondre.

2) La recherche d'une contrepartie acceptable

279. Par rapport aux questions précédemment évoquées, si l'on se base sur les principales prestations rapportées en contrepartie de la commission de gestion, que nous avons rappelées en introduction de cette sous-section, nous remarquerons d'abord que :

- Sur le premier point, lié à l'existence d'une contradiction entre les obligations.

- Rien ne permet d'affirmer, a priori, que les obligations en contrepartie de la commission de gestion viendraient en contradiction avec celles qui pèsent sur la structure de regroupement au titre du contrat d'affiliation.⁶⁴¹ Dans tous les cas de figure, en effet, ces prestations de services sont postérieures à la conclusion du contrat-cadre d'approvisionnement, objet du contrat d'intermédiation passé entre cette structure et ses membres.

⁶⁴¹ Cf. n° 274.

LE REFERENCEMENT

- Sur le deuxième point, relatif à la réalité d'une cause à l'obligation.
 - On pourrait avoir quelques doutes, néanmoins, sur certaines des obligations traditionnellement rattachées comme contrepartie à cette "commission de gestion". Il en est ainsi, par exemple, de la validité de l'obligation faite au référencier de présenter l'offre du fournisseur à la clientèle potentielle de ses adhérents. En effet, qu'il s'agisse de l'hypothèse du mandat du courtage ou du contrat de commission, l'action d'intermédiation du regroupement présuppose, nécessairement, dans le contrat d'affiliation ou de groupement, que les conditions de vente négociées avec les fournisseurs soient rapportées à ses membres. On peut, donc, légitimement estimer qu'une obligation souscrite en ce sens entre un fournisseur et un regroupement serait, vraisemblablement, nulle pour absence de cause. On se retrouve, ici, dans la même situation que le cas bien connu des étudiants en droit du généalogiste et de l'héritier.⁶⁴² L'exemple est parfaitement transposable à notre hypothèse. Le fournisseur n'a aucun intérêt à faire présenter ses offres aux distributeurs, puisqu'en vertu du contrat liant le référencier à ces derniers, les offres leur parviendront nécessairement. La limite de cette analyse concerne le cas où le regroupement ne se contenterait pas de rapporter l'offre, mais la présenterait, avec force détails incitatifs, dans des "réunions" et autres "forums".⁶⁴³ On se retrouverait, alors, dans le cadre de l'autre obligation observable dans le référencement et susceptible de constituer une contrepartie à la commission de gestion : celle de favoriser la conclusion des contrats de vente.

280. Concernant cette obligation, la réponse pourrait être différente, dans la mesure où aucun engagement similaire n'existe de la part de la structure de regroupement, que ce soit au titre du contrat d'affiliation ou au titre du contrat de groupement.

Cette hypothèse a pourtant ses limites. D'abord, en cas de référencement fermé, c'est-à-dire dans le cas où le contrat de référencement prévoirait qu'une certaine obligation d'achat pèse sur les distributeurs mandants, on peut douter de l'intérêt

⁶⁴² **M.GHESTIN** Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition : " *La convention de révélation de succession est valable chaque fois que le bénéficiaire avait intérêt à cette révélation, c'est-à-dire chaque fois qu'il n'aurait pu normalement avoir connaissance de sa qualité d'héritier ou du moins qu'il aurait connu un risque sérieux de l'ignorer. Dans cette hypothèse, l'héritier bénéficie d'un avantage certain qu'il doit à l'activité du généalogiste. La rémunération qu'il lui consent, le plus souvent sous forme d'une fraction de la succession, possède une cause. En revanche, lorsque le généalogiste n'a rendu à l'héritier <<aucun service >> et qu'il n'a couru << aucun aléa >>, parce que << l'existence de la succession devait normalement parvenir à la connaissance de l'héritier sans l'intervention du généalogiste >>, il n'y a << aucune révélation de secret >> et la convention est sans cause.*"

⁶⁴³ On se retrouverait de nouveau dans la même situation que dans l'exemple du généalogiste : " *Toutefois si le généalogiste a rendu des services indépendants de la révélation de la succession, la convention retrouve une cause.*" **M.GHESTIN**, même référence.

d'une obligation visant à favoriser les offres des fournisseurs. Ensuite, dans le cas d'un référencement ouvert, présenté comme un contrat unilatéral, on peut également douter de la réalité d'une analyse présentant la cause du contrat de référencement dans une probabilité de vente, alors même qu'existerait un accord entre les fournisseurs et la structure de regroupement visant à les favoriser, c'est-à-dire à augmenter artificiellement cette probabilité.

281. Reste encore la question d'une éventuelle garantie de la part de la structure de regroupement ou d'une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses membres.

Si l'obligation de garantie ne pose pas à priori d'autres questions que son inscription dans le contrat, car elle ne saurait être présumée, elle exclut, de fait, la possibilité d'une analyse en contrat unilatéral car elle apparaîtrait, nécessairement, comme la contrepartie de l'engagement des fournisseurs, laquelle ne pourrait plus, alors, être envisagée dans une probabilité de vente. Elle est, en revanche, parfaitement compatible avec l'hypothèse d'un mandat, puisqu'elle ne change en rien l'économie du contrat dont la contrepartie aux engagements des fournisseurs continuera à se trouver dans ceux, en retour, des distributeurs membres. Il suffira de l'analyser comme une clause de *ducroire*. En sens inverse, la question de l'existence d'une obligation de renseignement sur la solvabilité de ses membres, de la part de la structure de référencement, apparaît compatible avec l'hypothèse d'un contrat unilatéral, puisque cela n'exclurait pas que la clause du référencement repose sur une probabilité de vente. Elle est, en revanche, tout à fait incompatible avec l'hypothèse d'un mandat, car le mandataire n'a pas à divulguer des informations sur son mandant.

Sous ces quelques réserves, l'existence de telles prestations annexes au référencement donnant, valablement, lieu à des commissions de gestion apparaît, effectivement, possible.

282. Pour être tout à fait complet sur ces questions, il convient encore de s'interroger sur l'hypothèse émise par MM. Fabre et Sales dans leur ouvrage, consistant en ce que la contrepartie de l'existence d'une commission de gestion corresponde à une obligation de "*sélectionner les adhérents*". ⁶⁴⁴

Nous pensons, pour notre part, que cette solution poserait un problème au regard de la qualité de mandataire du regroupement, dans la situation envisagée par ces auteurs du référencement fermé. Dans cette hypothèse d'un mandat, normalement,

⁶⁴⁴ MM.FABRE et SALES: <<Regroupements à l'achat>> LITEC 1984 n° 98.

il n'existe qu'une seule réelle relation contractuelle entre les membres du regroupement et les fournisseurs. Si l'on constate, néanmoins, l'existence d'un autre lien de droit direct et personnel entre la structure de référencement mandataire et ces mêmes fournisseurs, cela ne peut impliquer que deux solutions :

- soit ce lien de droit est sans influence sur le mandat qu'il a précédemment reçu et rien alors ne s'y oppose, c'est l'hypothèse que nous venons d'envisager,

- soit, en sens inverse, il est susceptible d'avoir une influence ; dans ce cas, l'analyse en mandat doit être abandonnée au profit d'une autre, tenant davantage compte de la réalité de la situation contractuelle existant entre les parties.

Or, dans un référencement fermé, il semble difficile d'admettre une obligation de sélection des adhérents. En effet, le regroupement référenceur étant qualifié dans ce cas de mandataire, l'initiative de ses relations avec les fournisseurs appartient à ses membres. Le choix de ces derniers sera donc, nécessairement, antérieur à l'engagement pris envers les fournisseurs de leur sélection ; si tant est d'ailleurs qu'un mandataire choisisse ses mandants et non l'inverse. Quant au référencement ouvert et à l'hypothèse d'un contrat unilatéral, on peut estimer que la probabilité de vente formant contrepartie aux obligations des fournisseurs serait, nécessairement, faussée par une sélection des distributeurs et deviendrait, alors, la cause véritable de leur engagement ; ce qui nous oblige, de nouveau, à l'écarter comme solution. La situation dans laquelle pèserait sur le regroupement cette obligation de sélection ne peut, donc, fournir la contrepartie à la "commission de gestion" dans ces alternatives fonctionnelles. Cependant, elle peut rester pertinente en présence d'autres solutions au référencement.

B) Une partie intégrante du contrat de référencement ?

283. Décrire la commission de gestion comme étant partie intégrante du contrat de référencement, suppose que l'on se place dans une situation où la structure de regroupement est considérée comme cocontractant de ce contrat et dans laquelle sa rémunération est, de ce fait, nécessairement intégrée dans ce contrat.

Si l'on excepte l'hypothèse que nous venons d'aborder d'un référencement fermé, hypothèse dans laquelle, en présence d'une obligation d'achat pesant sur les distributeurs membres d'un regroupement, les prestations réciproques entre les fournisseurs et l'organe d'intégration apparaîtront nécessairement accessoires au référencement, on constate que : tout autre contrat prévoyant ces prestations

réciproques rendra généralement obsolète la qualification du "lien d'approvisionnement" en contrat unilatéral ou en mandat, au profit d'une autre qualification prenant en compte la dimension du référenceur comme véritable cocontractant. Dans cette hypothèse, le paiement de la commission de gestion et l'obligation en retour du référenceur devront être considérés en tant que parties intégrantes des caractères de l'alternative fonctionnelle, et non comme étant des prestations accessoires. Cette situation correspond à celle que nous avons décrite comme étant le référencement semi-fermé. Elle implique la reconnaissance d'un courtage ou d'une stipulation pour autrui.

1) Une formule fonctionnelle compatible

284. Il convient de reprendre, ici, la distinction précédemment opérée entre simple et double courtage.

Dans le cadre d'un simple courtage, le contrat de référencement doit s'analyser comme un contrat-cadre d'approvisionnement, conclu par le regroupement référenceur en qualité de courtier mandataire de ses membres. C'est donc ces derniers qui sont les donneurs d'ordres, au titre du contrat d'affiliation ou de groupement et, non, les fournisseurs référencés. On pourrait, alors, considérer qu'il n'y a pas naturellement, dans ce type de contrat, de prestation d'intermédiation de la structure de regroupement au profit des fournisseurs justifiant une rémunération mais, seulement, une prestation au profit de ses membres. Nous avons déjà discuté du bien fondé de cette vision des choses, dans la mesure où, il n'est pas contestable que l'action du courtier est utile aux deux parties et pas seulement à celle qui a pris l'initiative de solliciter cet intermédiaire. C'est la raison pour laquelle cette situation a poussé un auteur à estimer qu'il n'y a pas réellement de courtage simple mais, seulement, des doubles courtages.⁶⁴⁵ Cette hypothèse présenterait l'avantage, dans notre cas, de faire de la commission de gestion une simple rémunération de l'action du courtier à l'égard des fournisseurs.⁶⁴⁶ Cette solution est peut-être excessive, néanmoins, parce que l'observation montre qu'il n'est souvent qu'une seule personne à l'origine de l'action du courtier qui, seule, doit être qualifiée de donneur d'ordres ; l'autre partie n'étant que bénéficiaire par "ricochet", dirons-nous, de ses prestations. En conséquence, la justification à la production et au maintien de son offre par le producteur ne peut a priori correspondre, ici, qu'à

⁶⁴⁵ Voir, en ce sens les conclusions de **M.Philippe DEVESA** << l'opération de courtage >> LITEC 1994.

deux hypothèses :

- la première, est que cette production et ce maintien trouvent leur contrepartie dans une probabilité de vente espérée par le courtage,
- la seconde, est que cette production et ce maintien trouvent leur contrepartie dans les engagements des distributeurs regroupés.

Le courtage ne viendrait, alors, que se rajouter aux relations déjà étudiées du contrat unilatéral et du mandat avec les mêmes conclusions.⁶⁴⁷

285. Doit-on pour autant estimer que la commission de gestion doive, de nouveau, être considérée comme une disposition accessoire du référencement ? pas tout à fait.

Dans le cadre de ce courtage simple, la présence d'un seul donneur d'ordres ne signifie pas, néanmoins, que l'autre partie soit exempte de toute obligation à son égard. Il est, entre autre, traditionnel qu'elle participe à sa rémunération.⁶⁴⁸ Cependant, dans notre hypothèse du référencement, dans laquelle l'organe d'intégration à l'achat est à la fois courtier et mandataire, il est également évident que la plus grande part de la prestation de services est faite au profit de ses membres, qui devraient être redevables de l'essentiel de cette rémunération. La "commission de gestion" ne saurait, donc, être due en totalité à la structure d'intégration à l'achat pour une prestation de courtage, mais devrait s'analyser, en majeure partie, comme étant celle due par ses membres versée, conventionnellement, par les fournisseurs. En conséquence, les sommes correspondant à la "commission de gestion" devraient, pour trouver une justification, être intégrées dans l'ensemble des avantages perçus par les distributeurs. La "commission de gestion" apparaîtrait, donc, comme un avantage supplémentaire à leur profit. Cette solution peut, on l'a vu, poser quelques problèmes concernant l'appréciation de sa validité en terme d'ordre public économique, au regard de la somme des avantages qui leur ont déjà été consentis.⁶⁴⁹ On ne peut, alors, envisager que trois hypothèses alternatives pour sortir de cette logique d'incrimination et fournir valablement une contrepartie acceptable à cet avantage :

- la première est que le montant de la "commission de gestion", rapporté à

⁶⁴⁶ Cf. Titre : "**A) Une adaptation conceptuelle aux spécificités du référencement**" p 244.

⁶⁴⁷ Cf. Supra n° 279 et suivants.

⁶⁴⁸ Cf. : **Mme Françoise de CHASTEIGNIER** : Jurisclasseur Contrat - Distribution fasc. 490 précité p 12 n° 55.

l'ensemble des remises obtenues, n'apparaisse pas comme entraînant un déséquilibre économique au profit des distributeurs, par rapport au volume des achats conclus. Dans cette hypothèse, la "commission de gestion" devrait pouvoir être légitimement incluse dans le calcul du prix de revente à perte des distributeurs de **l'article L.442-2 du Code de commerce**.

- La seconde est que cette "commission de gestion" rémunère un service de leur regroupement, à l'égard des fournisseurs. Certains auteurs ont, ainsi, évoqué la possible existence d'obligations, pesant sur les membres du regroupement à l'achat, permettant de compenser cette absence de commutativité. C'est l'hypothèse, par exemple, d'une solidarité entre eux. Cependant cette situation présente l'inconvénient de ne pas toujours apparaître dans ce type de relations contractuelles.⁶⁵⁰

- La troisième est qu'elle rémunère effectivement un service de la structure de regroupement, non inclus dans les obligations traditionnelles d'un courtier à l'égard de son donneur d'ordres. A ce titre, même si on peut émettre quelques réserves, les obligations consistant dans le fait de porter, puis, de favoriser les offres du fournisseur auprès de son donneur d'ordres, n'apparaissent pas exceptionnelles dans l'action d'un courtier. Pas plus que ne le sont, celles de donner des renseignements sur la solvabilité de ce donneur d'ordres, voire, celle de le choisir qui en est, quelque part, le prolongement. En revanche, l'action de garantir les transactions, que l'on peut rencontrer dans le courtage sous la forme d'une clause de ducroire,⁶⁵¹ ou de porte-fort,⁶⁵² ne fait pas partie des obligations initiales d'un courtier et pourrait fournir une justification valable à cette commission de gestion.

Même si, comme on vient de le voir, cette formule du courtage simple peut se révéler compatible avec l'existence d'une commission de gestion, celle du double courtage nous apparaît néanmoins plus adaptée, comme celle de la stipulation pour autrui.

⁶⁴⁹ Cf. supra n° 269

⁶⁵⁰ **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 272 n° 521 et suivants.

⁶⁵¹ Cf. **M. Michel VIVANT** <<Convention de ducroire>> **Jurisqueur "Contrats Distribution** fascicule 955 p 3 n° 3.

⁶⁵² Cf. **Jurisqueur "Contrats Distribution"** fascicule 490 <<Contrat de Courtage>> p 11 n° 50.

2) Des formules fonctionnelles adaptées

286. Même si elle apparaît plus adaptée, la compatibilité du référencement avec l'analyse en double courtage, pose également quelques difficultés.

S'agissant d'obligations réciproques entre fournisseurs référencés et organisme référenceur, nous sommes, ici, dans l'hypothèse où est qualifiée de courtage la relation entre le référenceur et les membres du regroupement à l'achat, d'une part, et entre le référenceur et les fournisseurs référencés, d'autre part. L'organisme référenceur joue, dans ce cas, un rôle effectif d'intermédiaire à l'égard des fournisseurs donneurs d'ordres et, à ce titre, sa rémunération sous la forme d'une "commission de gestion" par ces derniers est parfaitement valide, tant au regard de l'ordre public économique que de l'ordre public contractuel. L'analyse de la jurisprudence, voyant dans cette rémunération la contrepartie de l'obligation faite au référenceur de porter à la connaissance des affiliés l'offre négociée se trouve, de ce fait, en grande partie justifiée, car il s'agit bien d'une obligation majeure pesant sur un courtier. Il pourrait en être éventuellement de même, si cette contrepartie était analysée comme le fait de favoriser l'offre des fournisseurs, car on a vu que cette obligation peut, dans une certaine mesure, entrer dans les obligations traditionnelles pesant sur un courtier.⁶⁵³ Elle devrait, néanmoins, s'analyser au regard des obligations propres au double courtage.⁶⁵⁴ Il en serait également ainsi de l'action de renseignement qui pèse normalement sur ce dernier, même si son application au référencement pose problème.⁶⁵⁵ Pourrait être éventuellement validée, celle de sélection des cocontractants qui, si elle rentre aussi dans des obligations traditionnelles du courtage, devrait néanmoins s'appréhender, en l'espèce, par rapport au double courtage. En revanche, toute forme de garantie de ses membres, même si elle peut exister dans ce cadre contractuel sous la forme d'une obligation de du croire, ne rentre plus dans ces obligations traditionnelles et devrait être spécifiquement prévue.⁶⁵⁶ Dans cette hypothèse reste encore en suspens, néanmoins, la question de la justification à la production et au maintien de son offre par le producteur. On peut pourtant penser que ces deux paramètres n'entrent pas nécessairement en contradiction avec cette analyse contractuelle, car ils peuvent parfaitement s'insérer dans une dualité d'action du courtier. La

⁶⁵³ Cf. Supra : p 249.

⁶⁵⁴ Cf. Supra : n° 216.

⁶⁵⁵ Voir, infra : p 335.

contrepartie à la production et au maintien de l'offre peut se trouver dans l'action de les porter et les favoriser auprès des distributeurs et la contrepartie à la perception d'une commission de gestion, dans les autres prestations envisagées. Pour que ce schéma reste valable dans une analyse d'ordre public économique il conviendrait, cependant, de se pencher sur le contenu des prestations consenties et de la rémunération versée pour vérifier quelles ne soient pas disproportionnées.

287. L'autre analyse fonctionnelle qui vient à l'esprit, pour répondre à cette hypothèse du référencement semi-fermé, est la stipulation pour autrui.

La commission de gestion s'inscrirait assez naturellement dans cette formule, puisque cette analyse nécessite des obligations réciproques entre fournisseurs référencés et regroupement référenceur. Il est ainsi parfaitement envisageable, qu'en compensation d'une commission de gestion, la structure de regroupement s'engage, au moins, à l'une des prestations envisagées comme contrepartie soit : l'obligation de porter l'offre et/ou de la favoriser, le renseignement sur la solvabilité de ses membres, leur garantie ou leur sélection. Cette option n'est pourtant pas sans poser quelques problèmes. En effet, comme nous l'avons déjà étudié, l'obligation formant l'objet du référencement et pesant sur les fournisseurs de produire des conditions de vente trouve également, dans cette hypothèse de la stipulation pour autrui, sa cause dans les obligations pesant sur la structure de regroupement. Cela implique que, dans cette analyse fonctionnelle, l'obligation de produire des conditions de vente et celle de payer la commission de gestion puisent, potentiellement, leur cause dans les mêmes sources. Dans ces conditions, l'obligation formant l'objet du référencement de production et de maintien d'une offre de vente devant prioritairement trouver contrepartie, on peut alors se demander dans quelle obligation une commission de gestion trouverait la sienne ? Sauf à ce qu'elle apparaisse sans cause et donc discriminatoire, comme nous l'avons antérieurement évoqué.⁶⁵⁷ Or, on le sait, compte tenu des particularités de la commission de gestion, cette situation poserait un problème majeur pour la validité du référencement.⁶⁵⁸ Il est donc primordial d'identifier la, ou les, prestations de services qui pourraient justifier cette rémunération supplémentaire. A ce titre, les actions pesant sur la structure de regroupement de porter, puis de favoriser les offres à ses membres, apparaissent indissociables de celles pesant sur les fournisseurs. En effet, dans la mesure où une production d'offre ne peut se concevoir sans être rapportée à son destinataire, au même titre que, le fait qu'elle

⁶⁵⁶ Cf. **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> LITEC 6ème édition p 130 n° 275.

⁶⁵⁷ Cf. Supra : n° 268.

⁶⁵⁸ Cf. Supra : n° 269.

LE REFERENCEMENT

soit au moins favorisée, apparaît comme étant sa contrepartie minimale. Il faut alors envisager que, cette rémunération, trouve sa justification dans une autre obligation pesant sur la structure de regroupement et complémentaire aux obligations essentielles du référencement. Il en serait éventuellement ainsi de l'hypothèse d'une garantie de ses membres par la structure de regroupement. Garantie qui pourrait prendre, par exemple, la forme, envisagée par MOUSSERON, d'une assurance de solvabilité de ses membres auprès des fournisseurs, reconnue par un "contrat d'assistance" à la charge du référenceur, dans le contrat de référencement ou, par un rééquilibrage imposé par les tribunaux.⁶⁵⁹ Il pourrait s'agir, encore, de l'hypothèse concernant le renseignement sur la solvabilité des fournisseurs ou celle, émise par MM.FABRE et SALES, d'une obligation de sélection des adhérents. Autant de solutions qui présentent l'inconvénient de ne pas être nécessairement prévues dans le contrat et dont on ne voit pas a priori, à ce stade de notre raisonnement, sur quelle base elles pourraient être imposées. En l'absence de ces justifications, la commission de gestion apparaîtrait, nécessairement, comme étant un avantage se rajoutant à ceux déjà obtenus par les distributeurs membres, mettant en péril le principe de commutativité du contrat.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 77 n° 105.

⁶⁶⁰ Cf. Supra : n° 269.

§2) La prime de référencement

288. Comme on a pu le voir précédemment, la validité de principe de cet avantage a été largement contesté, tant par la jurisprudence que par la réglementation en vigueur, ce qui pourrait limiter son étude à un simple rappel de cette condamnation.

Cependant, cette condamnation n'a jamais concerné qu'un aspect de l'existence de cet avantage, celui de sa justification "per se" au titre du référencement. Elle n'interdit donc, en rien, de lui trouver une autre contrepartie. Cette possibilité avait été envisagée, dès l'origine, par la Commission de la Concurrence dans son avis DI FRA qui avait proposé, sans la trouver en l'espèce, une justification basée sur l'apport d'une clientèle nouvelle. Cette faculté reste ouverte aujourd'hui et il conviendra, dans un premier temps, d'envisager toutes les hypothèses qui pourraient justifier cette pratique à laquelle la grande distribution a du mal à renoncer (A), avant d'analyser les plus crédibles au regard des alternatives fonctionnelles que peut prendre le référencement (B).

A) Des hypothèses variées

289. Au même titre que pour la commission de gestion, de nombreuses hypothèses ont été élaborées, depuis les origines de cette pratique, pour justifier la prime de référencement.

On sait ce qu'il en est de la première, celle toujours défendue par les distributeurs d'un avantage intrinsèque au référencement, et l'on a vu l'ambiguïté des textes réglementant cette solution.⁶⁶¹ Il convient, néanmoins, de distinguer cette discussion de celle portant sur l'existence d'un avantage apporté par le référencement dans une analyse in concreto du contrat. Il y a, en effet, une différence fondamentale entre la recherche d'une valeur patrimoniale au référencement, susceptible de justifier le principe d'une prime spécifique, et l'analyse particulière d'un référencement afin de déterminer, dans un cas d'espèce, l'existence d'une telle justification. Pour aborder ce sujet il conviendra, de nouveau, d'analyser la portée des différentes contreparties imaginées par la doctrine et la jurisprudence à cet avantage, au regard des analyses fonctionnelles du

⁶⁶¹ Voir, supra : Titre "**B) La question d'une "patrimonialité" du référencement"** p 294.

référencement.

1) Les justifications envisageables

290. On peut noter, en premier lieu, à l'instar de feu la Commission de la Concurrence, que la justification de cet avantage semble difficilement pouvoir reposer sur un service rendu du regroupement référenceur, en terme d'apport d'une clientèle nouvelle dont il regrouperait les achats. D'abord, en l'absence d'un caractère certain de la commande. En effet, il n'y a pas nécessairement obligation d'achat des distributeurs dans le référencement, ce qui ne permet pas de caractériser un regroupement des commandes pouvant justifier la rémunération. A ces considérations, s'ajoute la pluralité des distributeurs qui vont chacun, individuellement, conclure avec le fournisseur un contrat de vente, ce qui n'apporte aucun avantage dans le recouvrement des créances par rapport à une opération commerciale classique. C'est à ce premier obstacle à la validité de la "prime de référencement" que fait référence le **nouvel article L. 442.6 I 3e**, quand il subordonne cette validité à une obligation d'achat quantifiée et écrite.⁶⁶² Quand bien même ce premier obstacle serait franchi, par un engagement écrit conforme à la loi, l'admission d'une telle remise se heurterait encore, d'après nous, à l'existence d'une contrepartie valable, et donc à la jurisprudence que nous avons évoquée, exigeant l'apport d'une clientèle nouvelle. Si cette situation, qui pourrait valider la "prime de référencement", n'est pas à exclure, notamment en tenant compte du phénomène de concentration des regroupements à l'achat, il n'en est pas moins vrai que, comme dans l'avis DI-FRA, les distributeurs membres de la structure d'intégration à l'achat seront souvent également anciens clients du fournisseur référencé, ce qui devrait, généralement, entraîner l'illicéité de cette pratique. On peut penser qu'il ne pourrait en être autrement que dans deux hypothèses :

- la première consisterait en ce que, bien qu'il s'agisse d'une même clientèle, le référencement entraîne effectivement une augmentation du C.A réalisé, que l'on puisse attribuer au regroupement à l'achat,
- la seconde est celle envisagée par l'**article L.442-6 I 3° du Code de**

⁶⁶² Cf. **Article L. 442-6 I 3°** : "(L. no 2001-420 du 15 mai 2001)" " *D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit;*".

commerce, et que n'exclut pas la jurisprudence, d'un service qui viendrait en plus de l'obligation d'achat.

291. La première hypothèse n'est pas improbable, dans la mesure où les avantages obtenus par ailleurs, du fait de l'intégration, pourraient motiver un approvisionnement supérieur des distributeurs participants.

Il resterait alors à savoir si, pour le fournisseur, cet approvisionnement compenserait économiquement les avantages cédés. Comme il ne s'agit que d'une possibilité, celle-ci devrait apparaître insuffisante, a priori, pour justifier l'avantage perçu. Effectivement, on peut penser qu'en faisant reposer la validité de cet avantage sur un engagement écrit d'achat, le législateur a montré, sans ambiguïté, sa volonté qu'il repose sur une contrepartie certaine et non un aléa. Cette conclusion ne pourrait être différente qu'en cas d'engagement à une progression du chiffre d'affaires. La prime de référencement apparaîtrait, donc, comme une remise d'objectifs, seulement réalisable par le référencement.

292. La seconde hypothèse pose la question de savoir quel service commercial, directement lié au référencement, pourrait compenser l'attribution de cet avantage ?

- Une première solution aurait pu consister en la reconnaissance avortée, pour le référencement, d'un avantage intrinsèque de commercialisation.⁶⁶³

Nous constatons que cet argument reste toujours vivace chez les acteurs de la grande distribution auxquels ces agissements sont reprochés.⁶⁶⁴ Néanmoins, sans vouloir reprendre cette discussion, il paraît logique, à l'instar de la commission, de stigmatiser l'absence de service commercial effectif quand peut être prouvé : d'une part, l'existence de relations commerciales antérieures et, d'autre part, l'absence d'une progression du chiffre d'affaires réalisé après l'intervention du regroupement à l'achat. Cependant, ce raisonnement s'affranchit peut être un peu vite d'une certaine réalité commerciale. En effet, l'existence d'une clientèle au niveau du

⁶⁶³ Cette conception, dont nous avons vu qu'elle avait été évoquée par **M. CAMMAS** dès les premières discussions doctrinales sur le sujet, lors de la table ronde sur les centrales d'achat de 1982, et dès les premières décisions des autorités de concurrence, par les défenseurs des structures d'intégration à l'achat, aura donc été écartée, de fait, par la jurisprudence DI-FRA.

⁶⁶⁴ Cf. **M.E LECLERC** : <<DE QUOI JE ME MEL>> Tribune Internet du 2 Février 2006 dans "Actualités / Débats (Eco), Distribution" : "*Aucun industriel français, fournisseur des Centres E. Leclerc, ne conteste le rôle essentiel de notre groupement d'achat dans sa fonction de référencement. Tous ces fournisseurs, y compris les membres de l'ANIA, sont, depuis des années, co-signataires de nos accords. Ils n'en ont critiqué ni le principe, ni les prestations. A contrario, ils savent ce que leur coûterait une approche directe, mais dispersée, de tous les commerçants indépendants en France.*"

marché de gros, qui est celui où doit s'analyser la concurrence, n'a pas de réelle signification pour peu que le marché soit effectivement concurrentiel. Difficile, en effet, d'arguer de l'existence d'une clientèle antérieure quand les contrats, le plus souvent non écrits, sont renégociés régulièrement. Dans ce cas de figure, un élément stabilisateur quelque peu efficace, tel que le référencement, apparaît, nécessairement, comme un avantage effectif pour l'entreprise qui en bénéficie.

- Une deuxième solution pourrait consister en un accroissement de solvabilité.

On peut penser que tel serait peut être le cas si le référencement permettait de substituer un débiteur unique, et par hypothèse solvable, à une pluralité de débiteurs dont la solvabilité ne serait pas assurée. En effet, l'existence d'un débiteur unique représente incontestablement un plus, dans le domaine commercial, par rapport à une situation de pluralité de clients qui suppose une multiplication des démarches et des risques. MM. FABRE et SALES relèvent, ainsi, la préférence manifestée par les fournisseurs d'un débiteur important unique et connu plutôt qu'une multitude de petits débiteurs inconnus. ⁶⁶⁵ M.FERRIER estime, lui aussi, que le regroupement à l'achat : *"...Permet également aux fournisseurs de diminuer leurs frais de traitement des offres de facturation, de livraison... Dans certains secteurs, comme par exemple celui des produits alimentaires, les fournisseurs qui traitaient avec plusieurs centaines, parfois même avec plusieurs milliers de revendeurs, traitent désormais avec quelques dizaines de groupements..."*.⁶⁶⁶ La reconnaissance de cette qualité de débiteur unique, pour servir de fondement à une ristourne supplémentaire, serait fonction de l'organisation propre du regroupement. Elle dépendrait selon qu'il prévoit, ou pas, une centralisation des commandes et des paiements suffisamment poussée ; c'est-à-dire avec une facturation des marchandises au nom du regroupement. Cette reconnaissance serait, bien entendu, plus ou moins justifiée en fonction de l'importance et/ou de la solvabilité du regroupement lui-même. D'où l'existence, dans les liens contractuels unissant le regroupement au fournisseur, de garanties diverses : cautions bancaires, réserves de propriété, compensation conventionnelle et autres... L'évolution optimale de cet accroissement de solvabilité en tant que débiteur unique serait, bien entendu, l'hypothèse dans laquelle le regroupement présenterait une solidarité entre ses membres à l'égard des engagements pris envers le fournisseur.

- Une dernière solution pourrait consister en la reconnaissance d'une certaine

⁶⁶⁵ MM.FABRE et SALES: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 74 n° 107.

⁶⁶⁶ M.Didier FERRIER <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 405 n° 805.

garantie des paiements par la structure d'intégration à l'achat.⁶⁶⁷

Cette dernière hypothèse présenterait, cependant, l'inconvénient d'ouvrir un débat sur la coexistence de la prime de référencement et de la commission de gestion. Débat que nous laisserons, pour l'instant, en suspens.

2) Les alternatives fonctionnelles compatibles

293. Si l'on tient compte de tous les paramètres que nous avons exposés, conditionnant la validité éventuelle de la prime de référencement, on s'aperçoit que cet avantage n'est pas compatible avec toutes les solutions fonctionnelles applicables au référencement.

- C'est déjà le cas au regard de sa première condition de validité, posée par la loi, qui concerne l'exigence d'un engagement écrit et proportionné sur un volume d'achat, préalable à toute autre justification. Cette condition exclut, de fait, toute tentative de justification dans le cadre d'une solution fonctionnelle ne permettant pas cet engagement d'achat. Il en est ainsi, notamment, du contrat unilatéral et de la stipulation pour autrui. Dans ces deux cas, la structure de regroupement ne saurait stipuler d'obligation d'achat à ses membres.⁶⁶⁸ Restent donc seules possibles comme alternatives fonctionnelles susceptibles d'abriter une prime de référencement : le mandat et le courtage. De la même façon, si l'on excepte l'hypothèse de la reconnaissance d'un avantage intrinsèque de commercialisation du référencement, exclusif de tout aménagement conventionnel et nécessairement neutre par rapport aux solutions envisagées pour son régime juridique, les autres possibilités envisagées pour valider la prime de référencement ne sont pas, nécessairement, toujours applicables.

294. En ce qui concerne l'hypothèse d'une contrepartie basée sur la progression du chiffre d'affaires, on observera d'abord que, si cet engagement ne résulte pas normalement du référencement, celui-ci peut, dans certains cas, être prévu conventionnellement.

Cette hypothèse sera, néanmoins, exceptionnelle. Comme on l'a vu précédemment, un engagement prospectif d'achat relèvera, généralement, des conditions

⁶⁶⁷ **MM.FABRE et SALES**: <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 p 74 n° 107.

⁶⁶⁸ En vertu de l'interprétation combinée des **articles 1121 et 1165 du Code civil**.

particulières. En effet, les possibilités qu'un regroupement à l'achat puisse se lier sur un tel objectif, sont limitées. Pour que soit prévu, lors de la conclusion du contrat de référencement, l'engagement du regroupement sur une progression du chiffre d'affaires cela supposerait, d'abord, que la structure de regroupement soit investie du pouvoir de s'engager sur cet objectif par ses membres. Cela pourrait, néanmoins, être le cas dans le cadre de la solution fonctionnelle du mandat. Le regroupement à l'achat mandataire, investi d'un pouvoir de représentation de ses membres est, de ce fait, parfaitement en mesure de les engager. Pareillement, dans l'alternative d'un simple ou double courtage, d'une part, le courtier peut très bien être porteur d'une telle contrepartie dans la négociation émanant de ses membres donneurs d'ordres, d'autre part, il reste toujours possible que le courtage soit associé avec un mandat.

295. Le principal inconvénient de l'hypothèse de la structure de regroupement agissant comme débiteur unique, c'est qu'elle ne découle pas non plus, nécessairement, du référencement.

Le référencement se caractérise, en effet, par la substitution d'une structure d'intégration à une pluralité de distributeurs lors de la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement, afin que ces distributeurs puissent ensuite, individuellement, conclure avec le fournisseur un contrat de vente. On le voit, cette opération n'apporte aucun avantage, dans le recouvrement des créances, par rapport à une opération commerciale classique. La validité d'un tel avantage ne semble, donc, pouvoir reposer que sur des aménagements conventionnels du référencement qui doivent être prévus, en plus de l'obligation d'achat, pour centraliser les commandes et les paiements. Encore faut-il que cette hypothèse de débiteur unique soit compatible avec les alternatives fonctionnelles envisagées. Cet avantage serait-il alors compatible avec une analyse en mandat ? On constatera, comme précédemment, qu'aucune disposition légale de cette relation n'institue la structure de regroupement mandataire, comme l'étant, nécessairement, à la fois des commandes et des paiements. Son rôle peut s'arrêter à la conclusion du contrat-cadre. En revanche, il est parfaitement compatible avec cette alternative fonctionnelle qu'un tel mandat soit conventionnellement prévu, entraînant la validité éventuelle de la "prime de référencement".⁶⁶⁹ En ce qui concerne l'alternative fonctionnelle du courtage, il conviendra, à nouveau, de distinguer selon qu'il s'agisse d'un simple courtage ou d'un double courtage. L'analyse en simple courtage entraînant l'existence d'un mandat, les conclusions précédentes

⁶⁶⁹ Sur ces problèmes, voir supra : Titre : "**2) La distinction des situations nées d'un mandat**" p 195.

concernant cette hypothèse restent donc valables, ici.⁶⁷⁰ La situation ne sera pas sensiblement différente pour l'analyse en double courtage, dans la mesure où un mandat pour la passation des commandes et l'encaissement des ristournes, sans être nécessaire, peut également exister puisque portant sur l'accomplissement d'actes juridiques, et non pas uniquement matériels.⁶⁷¹

La dernière hypothèse envisagée, celle d'une garantie des paiements, mérite qu'on s'y attarde spécialement, en raison de sa complexité.

B) Une solution plausible

296. Ce qui fait la particularité de cette hypothèse d'une garantie de paiement c'est, d'abord, la réalité de la contrepartie qu'elle représente au regard d'une prime de référencement.

On argumentait, jusqu'à présent, sur la possible existence d'un service suffisamment important, en terme de commercialisation, qui puisse être trouvé dans l'opération de référencement pour justifier cette prime. Ici, la justification d'un avantage spécifique au regard du service rendu est indiscutable. La question qui se pose, en revanche, en présence d'un tel fondement à cette prime, est double :

- elle consiste, d'abord, à vérifier s'il existe déjà parmi les alternatives fonctionnelles envisageables pour rendre compte d'une prime de référencement, une obligation légale pesant sur la structure de regroupement référenceur de garantir ses membres, ce qui rendrait inopérant cette justification.

- Elle consiste, ensuite, au cas où l'avancée d'une telle justification serait possible conventionnellement, à déterminer si ces alternatives fonctionnelles sont compatibles avec cet aménagement conventionnel.

1) L'absence de garantie légale de solvabilité

297. En ce qui concerne la solution fonctionnelle du mandat, aucune disposition visant à garantir les cocontractants ne pèse originellement sur la

⁶⁷⁰ Voir, supra Titre : "**2) Les limites de la solution fonctionnelle du courtage simple**" p 241.

⁶⁷¹ Voir, discussion supra Titre : "**1) Une situation fonctionnelle classiquement assimilée à un**

structure de regroupement mandataire, qui reste étrangère au contrat conclu.

Pareillement, dans l'analyse du référencement en courtage, rien dans les obligations pesant traditionnellement sur un courtier ne semble fonder, a priori, une quelconque solidarité avec ses donneurs d'ordres, ni une quelconque garantie de leur paiement. Cependant, les particularités de ce contrat ouvrent peut être une autre perspective. Il convient de distinguer, une fois de plus, les solutions du courtage simple et du double courtage. Dans le cadre d'un courtage simple, les rapports contractuels directs se situent entre la structure de regroupement et ses membres, ce qui semble exclure une garantie légale de cette dernière à l'égard des fournisseurs. Néanmoins, nous avons eu l'occasion de voir qu'on ne peut totalement écarter l'existence de rapports de droit entre le courtier et la personne qu'il contacte au profit de son donneur d'ordres, qui apparaît, dans une certaine mesure, également comme un donneur d'ordres. Cette ambiguïté n'existe pas dans le cadre d'un double courtage, dans lequel les fournisseurs apparaissent conjointement comme donneurs d'ordres. Ces perspectives laissent, donc, ouverte la discussion sur la reconnaissance d'une forme de garantie légale pesant sur un courtier.

298. La question a pu ainsi se poser, de l'utilisation de la responsabilité contractuelle du courtier au titre d'une obligation de renseignement.

Cette responsabilité a depuis longtemps été circonscrite, par la jurisprudence, au cas où la personne avec laquelle le courtier met son donneur d'ordres en rapport serait notoirement insolvable.⁶⁷² Certaines jurisprudences, relayées par certains auteurs, semblent néanmoins en tirer une obligation générale de renseignement du référenceur sur la solvabilité de ses donneurs d'ordres.⁶⁷³ Elles envisagent une obligation qui pourrait, même, se continuer - en raison des particularités du référencement qui se réalise par la conclusion de contrats successifs - le temps que durerait celui-ci.⁶⁷⁴ Ce point de vue ne semble pas être partagé par d'autres tribunaux, qui argumentent sur le caractère de tiers du courtier par rapport au contrat passé entre ses donneurs d'ordres.⁶⁷⁵ Ce point de vue, en particulier, ne semble pas être partagé par la Cour de Cassation. Elle écarte de manière générale,

mandat" p 209.

⁶⁷² Cf. *Cour d'Appel de Poitiers 19 mars 1863* DP 63.2.214.

⁶⁷³ *Cour d'Appel de Versailles 16 décembre 1977, précité ; TGI de Strasbourg 29 sept 1983* Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros, inédit rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2 ; Voir également : **MM. Didier FERRIER et Philippe DEVESA** supra n° 200.

⁶⁷⁴ **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité.

dans les contrats de référencement, une quelconque obligation d'information pesant sur l'organisme référéur à l'égard des fournisseurs, sans distinguer que celle-ci soit continue ou pas, et sans distinguer que l'organisme soit qualifié ou non de courtier.⁶⁷⁶ Faute de l'admission d'une telle obligation continue de renseignement, on peut se demander s'il n'y aurait pas intérêt à poser autrement la recherche d'une certaine contrepartie, du référéur courtier, à l'ignorance dans laquelle le fournisseur se trouve de la solvabilité de ses donneurs d'ordres, quand il s'oblige, à leur égard, à un certain nombre d'obligations nées du référencement.

299. On peut, notamment, se demander si cette obligation de renseignement, qui se serait traduite par une responsabilité contractuelle, ne pourrait pas se voir substituer une autre responsabilité, délictuelle cette fois, qui viendrait prendre le relais de l'obligation préalable de renseignement de droit commun pesant sur le courtier.

Cette responsabilité délictuelle viendrait, alors, valablement compenser la distorsion de concurrence née de l'ignorance du fournisseur de la solvabilité réelle des distributeurs avec lesquels il est contraint de contracter, du fait du référencement. Les études réalisées sur le fonctionnement des structures de regroupement montrent, en effet, que la solvabilité de ses membres n'est pas étrangère à un organe d'intégration à l'achat. Dans les faits, celui-ci exerce un contrôle étroit sur leur gestion et ce, à plusieurs titres. Tantôt, parce que le dit organe se fait rémunérer également par ses membres, tantôt, pour surveiller leur respect de la politique commerciale menée par le regroupement, tantôt, parce que la solvabilité fait partie des critères d'entrée des nouveaux membres dans le regroupement, soit encore, simplement à titre de l'aide qu'il leur apporte. Même si aucune règle certaine ne peut être édictée en ce sens, qui devrait, pour une étude complète, revenir à la distinction centrale / groupement, on peut néanmoins affirmer que les structures d'intégration à l'achat ont souvent, par leur activité, des informations assez précises sur la situation réelle de leurs membres. On peut donc estimer, au regard de cette situation, que l'obligation préalable de renseignement propre au courtage devrait avoir vocation à s'appliquer et, en cas de manquement, devrait déjà engager la responsabilité contractuelle de la structure de regroupement. Cette possibilité épuisée, et toujours pour les mêmes raisons, on peut également penser,

⁶⁷⁵ Voir, sur ces questions : **M.Philippe DEVESA** << Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345 n° 62 et suivants.

⁶⁷⁶ **Cour de Cassation 6 décembre 1988** ; **Cour de Cassation chambre commerciale 16 janvier 1990** Bull. Civ. IV p 10 n° 16 Dalloz 90 IR 42 pour une obligation de renseignement non continue ; **Cour de Cassation chambre commerciale 28 Mai 1991** Sté Mars France c/ Sopegros et autres RJDA 8.9 /91 n° 702 ; **Cour de Cassation chambre commerciale 28 mai 1991** Sté Unisabi c/ Gourdain és qualité.

qu'à partir du moment où un préjudice pour le fournisseur naîtrait, ultérieurement, d'une absence de solvabilité d'un membre du regroupement, le référenceur pourrait voir engagé sa responsabilité délictuelle, cette fois, s'il connaissait préalablement la situation. En effet, l'abstention a été reconnue par la jurisprudence, depuis un **arrêt de la Cour de Cassation du 27 février 1951**,⁶⁷⁷ comme pouvant engager la responsabilité de son auteur sur l'**article 1382 du Code civil**, quand bien même elle ne serait pas dictée par la malice ou l'intention de nuire, si elle portait sur un fait devant être accompli, soit en vertu d'une obligation légale réglementaire ou conventionnelle, soit d'ordre professionnel. On peut penser, ici, que la nécessité d'une certaine loyauté commerciale, reconnue en d'autres circonstances par la jurisprudence, pourrait servir de fondement à cette obligation.⁶⁷⁸

2) La possibilité d'une garantie conventionnelle

300. Si ces hypothèses d'une garantie légale ne devaient pas être reconnues, encore faut-il, pour accueillir une garantie conventionnelle, que celle-ci soit compatible avec l'une des solutions fonctionnelles envisagées : le mandat ou le courtage.

On peut penser, a priori, que la souplesse du régime juridique du mandat permette l'existence de cet engagement de la part du regroupement mandataire, sans qu'il soit nécessaire d'abandonner cette technique contractuelle au profit d'une autre alternative fonctionnelle étudiée. Il est en effet admis, de longue date, l'existence de certaines obligations annexes au mandat, pesant sur un mandataire à l'occasion de l'accomplissement de son obligation principale. L'obligation de du croire permettrait, ainsi, de rendre compte de l'engagement de la structure de regroupement, envers les fournisseurs, du bon paiement de ses membres. On notera, néanmoins, qu'en l'espèce, par rapport au droit commun, cette obligation serait employée en sens inverse, puisqu'elle sert normalement à garantir les mandants que les tiers accompliront leur obligation alors, qu'ici, c'est les tiers qu'elle serait sensée garantir.⁶⁷⁹ On ne pourrait, par contre, envisager l'emploi

⁶⁷⁷ Cf. **Arrêt Branly Cour de Cassation chambre civile 27 février 1951**, D. 1951. Jur. 331, note Desbois.

⁶⁷⁸ Voir, sur la présomption d'un caractère intentionnel de l'infraction en droit pénal des affaires, **MM. Nicolas ERESEO et Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE** << Le délit de pratiques commerciales trompeuses est une infraction intentionnelle >>. Commentaires sur l'Arrêt de la Cour de Cassation du 15 décembre 2009. AJ Pénal 2010 p 73

⁶⁷⁹ **M. Gille ANDREO** <<Mandat commercial>> Jurisclasseur contrat distribution fasc. 460 p 7 n° 23.

d'une promesse de porte-fort du regroupement à l'achat vis à vis de ses membres. Cette obligation est incompatible avec une analyse en mandants des bénéficiaires de la promesse. En effet, **l'article 1120 du Code civil** prévoit la possibilité de se porter fort pour un tiers. Or, le mandant n'est pas tiers au contrat que conclut en son nom le mandataire mais bien partie, ce qui exclut cette possibilité.⁶⁸⁰

301. Cette question d'une garantie conventionnelle se pose aussi pour le courtage. Dans le cadre d'un courtage simple, les éventuels aménagements conventionnels de la part des membres du regroupement à l'achat, ou du regroupement lui-même, pour garantir les contrats d'achat/vente souscrits, devront s'analyser au regard des solutions envisagées pour le mandat ; c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une obligation de ducroire. Dans l'hypothèse où le contrat de référencement serait analysé comme un courtage, autrement dit dans l'hypothèse du double courtage, en l'absence de conclusion d'un contrat-cadre entre fournisseur référencé et la structure de regroupement, l'existence éventuelle d'une garantie de solvabilité pesant sur la structure d'intégration à l'achat devra s'apprécier de manière spécifique. Il semble, cependant, ne pas y avoir d'incompatibilité non plus entre une telle clause de ducroire et cette alternative fonctionnelle. Rien ne semble s'opposer à ce qu'une structure de regroupement, agissant comme courtier, se porte ducroire de l'un de ses donneurs d'ordres : *"Le courtier ne garantit pas la bonne exécution du contrat pour lequel il s'est entremis ; il en va toutefois différemment lorsqu'il s'est porté ducroire. Ainsi, moyennant une rémunération plus importante il garantit la bonne exécution du contrat conclu par son intervention et doit répondre de l'insolvabilité du cocontractant qu'il a présenté"*.⁶⁸¹ Pareillement, on pourrait également envisager, cette fois, que la structure de regroupement puisse se porter fort pour ses membres. En effet, ces derniers seront bien tiers au regard du contrat de courtage passé entre la structure d'intégration à l'achat courtier et le fournisseur donneur d'ordres, conformément aux exigences de **l'article 1120 du Code Civil**.

302. La reconnaissance de cette possibilité de garantie conventionnelle ouvre théoriquement la porte, dans le cadre de ces contrats de mandat et de courtage, à la validité d'une prime de référencement.

Cependant, cette possibilité apparaît passablement restreinte, si on la cumule avec les autres exigences de l'ordre public économique. Se poserait, ainsi, la question de

⁶⁸⁰ Voir, dans ce sens : **Cour de Cassation .Soc 17 Fév. 1956** Bull. IV n° 172 p 127.

⁶⁸¹ Cf. **Françoise de CHASTEIGNIER** Jurisclasseur Contrat - Distribution fasc. 490 p 9 n° 39 et la jurisprudence citée.

LE REFERENCEMENT

sa coexistence avec la "commission de gestion" au regard du principe de la commutativité du contrat et, il n'en reste pas moins, que l'avantage nommé prime de référencement demeure, dans tous les cas de figures, subordonné à l'impératif énoncé par l'**article L. 442-6 I 3^e** nouveau, restreignant la légalité de cet avantage à l'existence d'une obligation d'achat. Cette obligation d'achat se révélant ici, dans l'esprit du législateur, comme un moyen minimum permettant d'assurer une certaine régulation des échanges commerciaux entre fournisseurs et distributeurs. Il n'est pas étonnant, alors, que l'on retrouve cette exigence au cœur d'autres dispositifs de l'ordre public économique chargés, pareillement, de réguler la diversité des moyens de pression mis en œuvre par les regroupements de distributeurs, pour assurer leurs profits au dépend des fournisseurs. C'est ce que nous allons voir dans l'étude des avantages bénéficiant aux membres du regroupement à l'achat.

Section II : L'incidence des avantages au bénéfice des membres du regroupement

303. Au même titre que les avantages exogènes à l'objet du référencement se sont révélés bénéficier à la structure d'intégration à l'achat, ceux qu'on a pu qualifier d'endogènes, c'est-à-dire les conditions de vente, le sont, nécessairement, au bénéfice de ses membres.

Cet ordonnancement logique est plus délicat en matière de contrepartie à ces avantages, dans la mesure où certaines justifications se chevauchent, à défaut de se contrarier. Ce problème apparaissait, déjà, lors de l'étude de la "commission de gestion" et de la prime de référencement qui peuvent, pareillement, se justifier par des obligations pesant sur la structure de référencement sous la forme : d'un renseignement sur la solvabilité de ses membres, d'une sélection des adhérents, ou encore, d'une garantie des paiements. Ce problème risque également de se poser, avec encore plus d'acuité, lors de l'étude des avantages aux bénéficiaires des membres du regroupement, dont il apparaît que la justification repose sur les mêmes principes. En effet, par delà les distinctions juridiques subtiles entre les contreparties envisagées, on constate qu'elles ont toutes la même finalité économique de garantir les fournisseurs contre un manquement de ces membres du regroupement à leurs obligations. On peut donc légitimement s'interroger sur leur portée réelle en présence concurrente des différents avantages nés d'un référencement, d'où l'intérêt d'une recherche de justifications spécifiques. Cela explique l'émergence d'un certain nombre d'hypothèses moins classiques, telles que celles émises par Mme ANDRE et MOUSSERON en matière de généralisation des avantages soit, respectivement, les propositions : d'une solidarité des membres d'un regroupement à l'achat et d'une discipline exercée sur ces derniers. Cependant, la validité de ces hypothèses n'est pas acquise. On mesure, donc, à quel point une tentative de clarification s'avère nécessaire pour tenter de donner des clefs d'interprétation face à une situation de référencement.

C'est ce que nous allons tenter de faire, en étudiant d'abord les différentes hypothèses formulées et leurs implications (§1), avant d'aborder ce qui apparaît comme étant le droit positif (§2).

§ 1) Des implications communes et particulières

304. On le sait, l'uniformisation et la globalisation des avantages ne recouvrent pas la même finalité mais, présentent, certains caractères communs.⁶⁸²

Le principal consiste en ce qu'elles reposent, toutes deux, sur la volonté de faire traiter l'intégralité des distributeurs membres d'un regroupement à l'achat sur un pied d'égalité quant aux avantages accordés par le fournisseur, et ce, indépendamment de l'importance de leurs commandes respectives. Ce caractère commun se révèle être, également, la source d'implications communes par rapport à l'ordre public économique, situation qui justifie une tentative de solution également commune. Cependant, même si l'on retrouve généralement ensemble ces deux exigences de l'uniformisation et de la globalisation des avantages, dans les relations de référencement, elles n'en ont pas moins des implications différentes au regard de ce même ordre public économique, ce qui justifie également une étude différenciée. Pour tenir compte de ces spécificités nous étudierons, d'abord, la question des implications communes nées de la généralisation des avantages (A), avant de définir les implications particulières justifiant que la globalisation soit abordée de manière spécifique (B).

A) La généralisation des avantages

305. Depuis le début de l'essor des regroupements à l'achat, et singulièrement du référencement, la généralisation des avantages a été au cœur des discussions, tant sur sa justification, que sur son impact économique.

De fait, au regard de ce que nous avons déjà étudié, il apparaît que l'uniformisation et la globalisation sont au cœur du fonctionnement et de l'existence même des structures d'intégration à l'achat modernes, ce qui rend cruciale la question de leur validité. Elles sont susceptibles de poser des problèmes de concurrence internes et externes au regroupement, néanmoins, seuls les problèmes externes au regroupement sont susceptibles d'avoir une incidence sur le référencement proprement dit, l'incidence des problèmes internes étant relative aux contrats d'affiliation ou de groupement.⁶⁸³ Cependant, en raison de la nature complexe du

⁶⁸² Cf. Titre supra : "**A) La généralisation des avantages**" p 33.

⁶⁸³ Cf. supra n° 263.

référencement, il conviendra de les analyser également.

1) Des implications communes

306. Le premier problème concurrentiel commun à l'uniformisation et la globalisation des avantages est, comme nous l'avons évoqué précédemment, interne au regroupement à l'achat : il concerne la distorsion de concurrence créée du fait du regroupement entre ses membres.⁶⁸⁴

Sur ce premier point, on peut penser que cette absence apparente de commutativité du contrat d'affiliation, qui peut entraîner des obligations plus importantes pour certains distributeurs que pour d'autres, trouve néanmoins une contrepartie naturelle dans l'avantage d'appartenance au groupement que retirent de cette situation chacun de ses membres. Si l'on refuse d'adhérer à cette justification, il convient alors d'envisager l'existence d'une forme de compensation. Celle-ci pourrait, par exemple, apparaître dans un rééquilibrage sous forme d'une différence de cotisation. A défaut de ce rééquilibrage, la dernière option qui pourrait être proposée serait, tout comme pour les délais de paiement, l'existence d'une certaine solidarité. Dans ce cas, les avantages en terme de conditions de vente profitant sans justification économique aux distributeurs les plus faibles, trouveraient une justification dans les obligations qui pèseraient sur eux au titre de cette solidarité. Faute qu'une au moins de ces justifications ne soit constatée ou admise, ces pratiques devraient donner lieu à l'application de l'ordre public économique dans les conditions que nous avons déjà développées.⁶⁸⁵ Il est, cependant, certains facteurs qui pourraient encore justifier cette distorsion de concurrence. En effet, au regard des pratiques anticoncurrentielles, on doit se demander si, même en l'absence de toute compensation, elles ne devraient pas être, de toute façon, exonérées au titre de l'**article L.420-4 2° du Code de commerce**. En effet, certains arguments plaideraient, conformément à cet article, en faveur de la reconnaissance que ces pratiques entraînent un progrès économique. Il est, par exemple, évident qu'une globalisation ou une uniformisation des avantages peut favoriser le petit commerce, par rapport aux grands groupes de distribution, en lui permettant de rester compétitif. La conservation du commerce de proximité, en plus du maintien de prix compétitifs étant, par ailleurs, un moyen de réserver aux utilisateurs, que sont les clients, une partie équitable du profit qui

⁶⁸⁴ Cf. n° 263.

en résulte sans que ces clauses permettent, pour autant, d'éliminer la concurrence sur une partie substantielle des produits en cause, ce qui correspond à la seconde exigence de l'**article L.420-4 2° du Code de commerce**. Le problème serait, alors, de savoir si les restrictions de concurrence qu'entraînent ces pratiques sont, ou ne sont pas, indispensables pour atteindre cet objectif de progrès. Or, comme il apparaît difficile qu'en se basant sur ses propres capacités commerciales un petit distributeur puisse être à même de concurrencer une grande surface de distribution, en terme de prix, on sera tenté de répondre par l'affirmative.

Un deuxième problème spécifique au référencement a pu être invoqué.

307. Nous avons ainsi constaté que le propre des ristournes généralisées est d'entraîner l'attribution d'un avantage uniforme pour tous les membres d'un regroupement, sans considération de leurs caractéristiques individuelles.

Cette conséquence implique, nécessairement, outre une distorsion de concurrence au niveau du contrat de regroupement pour cause de différences dans les capacités de commande, une autre atteinte à la concurrence, cette fois envers le fournisseur référencé, en raison de la différence de solvabilité des acheteurs potentiels.⁶⁸⁶ En effet, dans la technique du référencement, il y aura pluralité de commandes uniformément négociées par le regroupement référenceur et, dans ce cas, il peut paraître anormal qu'un avantage puisse être accordé sans que les fournisseurs aient la possibilité de se rendre compte de la solvabilité des clients auxquels ils accordent cet avantage. Ce type de préoccupation est à rapprocher du problème, que nous avons précédemment développé, de la validité intrinsèque de l'opération de référencement. Problème pour lequel la Commission de la Concurrence avait émis l'idée que, dans ce contrat, le fournisseur devait disposer d'alternatives et être libre de négocier avec ceux qui lui achètent.⁶⁸⁷ Cette restriction de liberté des fournisseurs dans le choix des contractants, ne s'exercera pas de la même façon selon les avantages négociés. On doit ainsi distinguer, en premier lieu, selon que l'assiette de ces avantages repose, comme nous l'avons vu précédemment, sur des quantités commandées ou sur une prestation de services des distributeurs. Dans ces deux cas de figure, seule l'absence de choix du client sera restrictive de concurrence pour les fournisseurs. En effet, les critères de validité de la ristourne ne reposeront pas sur l'existence du référencement en lui-même, mais sur des éléments concrètement vérifiables postérieurement à celui-ci et qui seront,

⁶⁸⁵ Voir, Supra n° 263.

⁶⁸⁶ Cf. Supra n° 264.

⁶⁸⁷ Cf. Supra n° 108.

nécessairement, en rapport avec les capacités commerciales du distributeur concerné.⁶⁸⁸ En revanche, le problème change totalement si, comme dans le cas que nous étudions à présent de l'uniformisation ou de la globalisation des ristournes, la contrepartie de la ristourne se trouve dans le contrat de référencement lui-même. Dans cette hypothèse, l'assiette des avantages n'est plus dans une prestation commerciale future imposée par le référencement à l'entreprise cliente. L'avantage négocié perd, ainsi, toute correspondance avec les capacités commerciales de l'entreprise bénéficiaire de l'avantage. L'uniformisation ou/et la globalisation deviennent, alors, un élément aggravant la situation anticoncurrentielle précédemment invoquée. Il ne s'agit plus seulement de contracter sans pouvoir négocier avec ceux qui achètent, c'est-à-dire en étant de facto dans l'ignorance de leur solvabilité, mais également de consentir, parallèlement, à un client imposé par contrat, des avantages qui sont, parfois, sans rapport avec ses capacités commerciales. On peut alors, avec quelques raisons, se demander si, bien que l'illégalité intrinsèque du contrat de référencement n'a pu être reconnue, pour les raisons que nous avons développées, la restriction à la liberté de contrôle des fournisseurs sur la solvabilité des distributeurs dans les circonstances particulières d'un avantage généralisé ne devrait pas, en revanche, être considérée comme portant atteinte, en soi, à la concurrence. Ce problème pourrait alors être résolu par l'admission d'une certaine forme de garantie de la solvabilité de ses membres par le regroupement, ou par l'admission d'une forme de compensation par les distributeurs qui pourrait consister, de nouveau, en une solidarité entre les distributeurs bénéficiaires de ces avantages.

2) Des solutions communes

308. On a vu précédemment, lors de l'étude de la prime de référencement, ce qu'il en était des conséquences en terme d'analyse fonctionnelle de l'existence éventuelle d'une garantie de la part de la structure de regroupement, il convient de s'y reporter.⁶⁸⁹

Néanmoins, le fait qu'une telle garantie puisse également être invoquée pour justifier la généralisation des avantages, ne l'empêche pas d'apparaître plus

⁶⁸⁸ En effet, c'est parce qu'il a été capable d'acheter et de payer une certaine quantité de marchandise que le client bénéficiera d'une ristourne sur quantité. Les données du problème changeraient sensiblement si, comme certains grands groupes de distribution ont essayé de l'imposer, la ristourne serait due même en l'absence de paiement, solution qui, fort logiquement, a été écartée par la jurisprudence.

adaptée pour compenser une prime au bénéfice de la structure de référencement elle-même, comme nous l'avions, alors, envisagé. Il convient donc, plutôt, d'aborder l'autre justification possible au problème qui nous préoccupe de la contrepartie à la généralisation des avantages, celle relative à l'existence d'une solidarité.⁶⁹⁰ Cette hypothèse d'une solidarité des membres d'un regroupement à l'achat est une idée séduisante qui a été émise comme solution par plusieurs auteurs, concernant le référencement, mais pour plusieurs problèmes radicalement différents. Cette polyvalence représente un premier obstacle à son application, le second, consistant en la réalité de sa présence dans les contrats de référencement. Il convient d'en vérifier l'applicabilité au regard des différentes solutions fonctionnelles envisagées.

309. Dans l'analyse fonctionnelle du référencement en contrat unilatéral, le fournisseur référencé est seul à s'engager.

Cela signifie donc que, dans le cadre légal de ce contrat, aucune contrepartie sous forme d'obligations pesant sur les membres du regroupement à l'achat n'existe. La cause de l'engagement du fournisseur ne repose, ici, que sur une probabilité de vente.⁶⁹¹ Cette technique contractuelle est donc, a priori, incompatible avec la reconnaissance d'une quelconque solidarité qui, si elle existait conventionnellement, emporterait une autre interprétation du contrat.

310. La situation sera sensiblement différente pour la solution fonctionnelle du mandat.

On le sait, cette hypothèse implique que la cause de l'engagement du fournisseur se trouve dans l'engagement réciproque du mandant, véritable cocontractant du contrat de référencement. Dans ce cadre légal, si aucune disposition visant à garantir les cocontractants ne pèse originellement sur la structure de regroupement mandataire, qui reste étrangère au contrat conclu, la question reste ouverte concernant la solidarité qui pourrait s'exercer sur les membres du regroupement en tant que mandants. On peut penser qu'il en serait ainsi, dans l'hypothèse où le contrat d'intermédiation liant le regroupement à l'achat à ses membres, qualifié de mandat, serait perçu en réalité comme un contrat unique réunissant plusieurs mandataires. Cette situation peu probable, s'agissant d'un contrat d'affiliation liant une centrale d'achat à ses adhérents, nécessiterait d'être expressément prévue. Elle peut en revanche être envisagée, à notre sens, même en l'absence de toute

⁶⁸⁹ Cf. Supra, Titre : "**B) Une solution plausible**" p 334.

⁶⁹⁰ Cf. Supra p 275.

manifestation formelle de volonté, en cas de contrat de groupement. Cette perception devrait notamment prévaloir si ce mandat n'est pas distinct des statuts ou du règlement intérieur du groupement. Dans cette situation, les commanditaires se retrouveraient solidaires des effets du référencement aux termes de l'**article 2002 du Code civil**.⁶⁹² En effet, la notion de solidarité des effets du mandat semble être conçue de manière large par la jurisprudence. Elle entraîne, outre une solidarité concernant les honoraires du mandataire, s'il s'agit d'un mandataire professionnel, également une solidarité au titre des engagements qu'il a pu contracter. Cette interprétation, n'est qu'une application au problème de la solidarité des mandants, des obligations pesant traditionnellement sur un mandant unique au titre de l'**article 1998 alinéa 1 du Code civil**.⁶⁹³ Dans notre problème, le contrat-cadre d'approvisionnement souscrit par le référenceur mandataire porte sur l'attribution d'avantages, pour une contrepartie qui reste à déterminer, mais dont l'assiette constitue les achats effectués par ses membres. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que les avantages, ainsi prévus, l'étaient sous réserve de paiement des achats sur lesquels ils portent, et en a fait l'application dans des cas de contrat d'achat/vente conclus entre distributeurs et fournisseurs en vertu d'un référencement préalable. On peut donc penser que, la structure de référencement agissant en vertu d'un mandat collectif de ses membres, cette exigence du paiement des marchandises avant l'attribution des avantages devrait, pour répondre à l'exigence de solidarité entre les mandants, être généralisée à l'ensemble des contrats d'achat/vente souscrits par les membres du groupement. L'assiette des avantages serait alors reportée du paiement individuel par chaque distributeur mandant de sa commande, au paiement de l'intégralité des commandes. Faute d'une reconnaissance de cette solidarité, dans l'alternative fonctionnelle du mandat, en l'absence d'autres contreparties spécifiques prévues dans le contrat de référencement, la généralisation des avantages ou l'attribution de délais de paiement dérogatoires apparaîtront discriminatoires. Cette situation entraînera, alors, l'application de l'ordre public économique dans les conditions que nous avons décrites précédemment.⁶⁹⁴

311. Dans l'hypothèse où le référencement serait qualifié de

⁶⁹¹ cf. Supra n° 76.

⁶⁹² **Article 2002 du Code civil** : " Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elle est tenue solidairement avec lui de tous les effets du mandat. "

⁶⁹³ **Article 1998 alinéa 1 du Code civil** : " Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. "

⁶⁹⁴ Rappelons que dans les attributions naturelles d'un mandataire, en dehors de l'éventualité des dispositions étudiées, ne figure à aucun moment une obligation légale de garantir la solvabilité de ses mandants. Si cette garantie existait, elle ne saurait être que d'ordre conventionnel. Cf. n°300

stipulation pour autrui, la structure d'intégration reste le seul cocontractant du contrat de référencement, ses membres n'en étant que les bénéficiaires.

A ce titre, l'existence d'une différence en terme de solvabilité du regroupement, ne saurait reposer directement sur une quelconque solidarité légale ou conventionnelle de ses membres, issue du régime juridique de cette alternative fonctionnelle. Il s'agit là, de nouveau, d'une interprétation combinée des **articles 1121 et 1165 du Code civil**, prévoyant qu'une stipulation pour autrui ne puisse faire naître qu'un droit et non une obligation.⁶⁹⁵ Dans l'hypothèse où une telle solidarité serait prévue conventionnellement entre les membres du regroupement, elle ne pourrait donc l'être que dans le contrat d'affiliation ou de groupement et à l'égard de la structure d'intégration. L'objectif serait, alors, de lui permettre de faire face aux obligations souscrites dans le contrat de référencement quand elle stipule pour ses membres.

312. Dans l'analyse du référencement en courtage, rien dans les obligations pesant traditionnellement sur un courtier ne semble fonder, a priori, une quelconque solidarité avec ses donneurs d'ordres.

Il convient cependant de distinguer, une fois de plus, les solutions du courtage simple et du double courtage. Dans l'hypothèse du courtage simple, comme nous l'avons vu, le référenceur courtier se révèle également mandataire de ses membres. Cela signifie que, dans la perspective où le contrat d'affiliation ou de groupement serait effectivement analysé comme un contrat unique souscrit par les membres du regroupement, ou une partie substantielle de ces derniers, on se retrouverait dans une situation semblable à celle précédemment invoquée pour le mandat. Dans cette situation, les mandants pourraient être estimés comme débiteurs solidaires des effets de leur mandat, en vertu de l'**article 2002 du Code civil**.⁶⁹⁶ En revanche, dans l'hypothèse où le contrat de référencement serait analysé comme un courtage, c'est-à-dire dans l'hypothèse du double courtage, en l'absence de conclusion d'un contrat-cadre entre fournisseur référencé et structure de regroupement, l'existence d'un mandat entre le regroupement et ses membres n'est pas envisageable.⁶⁹⁷ Cette situation exclut donc, parallèlement, l'existence d'une solidarité légale des membres du regroupement issue du référencement. La possibilité d'existence d'une solidarité conventionnelle n'a, en revanche, pas de

⁶⁹⁵ **Cour de Cassation Civ. 3ème 10 avril 1973** D 194 21 note Larroumet.

⁶⁹⁶ Cf. Discussion supra : n° 308.

⁶⁹⁷ Cf. Supra : n° 211.

raison d'être écartée si elle est contenue dans l'offre des donneurs d'ordre.⁶⁹⁸ La faculté, pour les membres d'un regroupement à l'achat, de produire une offre intégrant une solidarité entre eux, supposerait, néanmoins, leur accord commun ; accord qui devrait être formalisé dans le contrat de courtage passé avec la structure de regroupement. Comme précédemment dans l'hypothèse du mandat, cette situation a plus de chance de se rencontrer en cas d'intégration par l'intermédiaire d'un groupement d'achat, plutôt que par l'intermédiaire d'une centrale.

B) La globalisation des avantages

313. L'uniformisation des avantages, comme la globalisation des avantages, présentent des implications liées à l'application de l'ordre public économique qui leur sont propres.

La particularité des problèmes posés par l'uniformisation des avantages se situera, non pas dans la distorsion économique qu'elle sera susceptible de créer à l'intérieur du regroupement, fût-ce à l'égard des fournisseurs, mais plutôt à l'extérieur de celui-ci, par le jeu de la clause du client le plus favorisé. Cette clause, qui consiste à exiger un alignement des avantages sur le contractant du fournisseur ayant obtenu les meilleures prestations, présente un obstacle évident à la concurrence qui, logiquement, s'est vu sanctionné par la "*Loi sur la modernisation de l'économie*" dans l'**article L.442-6 II d)**, qui prévoit sa nullité et condamne donc, définitivement, cette option.⁶⁹⁹ Seule reste, alors, comme implication particulière, celle liée à la globalisation des avantages. Cette implication consiste en ce qui la caractérise en propre, précisément : globaliser.

1) Des implications particulières

314. Indépendamment des problèmes communs aux deux notions d'universalisation et de globalisation des avantages, la licéité de la globalisation des avantages se pose, indéniablement, en termes propres.

⁶⁹⁸ Cf. Supra : n° 213.

⁶⁹⁹ Cf. Supra : p 302.

LE REFERENCEMENT

En effet, s'agissant d'une pratique dont l'essence est de considérer fictivement un groupe d'acheteurs comme un acheteur unique, c'est-à-dire de permettre l'obtention d'avantages tarifaires ou non tarifaires reposant sur un potentiel d'achat regroupé, il en résulte un gain économique nécessairement exorbitant pour les distributeurs par rapport à ce qu'ils auraient pu obtenir individuellement. Quand il s'agit vraiment d'un groupement d'achat, c'est-à-dire quand la forme du regroupement des distributeurs permet de substituer à une diversité d'acheteurs un acheteur unique bénéficiant d'une autonomie de commande, la situation peut se résumer à de simples remises de quantités basées sur une économie d'échelle réalisée par le fournisseur. Sa validité ne pose, donc, pas de problèmes dans son principe, même si la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales rappelle que l'analyse de la réalité des contreparties obtenues doit toujours se faire in concreto.⁷⁰⁰ En revanche, quand à l'inverse l'intégration d'achats est artificiellement créée, c'est-à-dire lorsque subsiste, comme c'est le cas pour une centrale d'achat, une autonomie réelle des adhérents quant à l'opportunité de la commande, l'avantage dont bénéficient les distributeurs n'est pas compensé automatiquement par des économies d'échelle pour les fournisseurs. Il devient, alors, susceptible d'être discriminatoire à l'égard de ces derniers. Il est logique, dans ces conditions, que les autorités de la concurrence aient estimé, dès le début, que cette pratique exigeait une certaine obligation d'achat de la part des membres du regroupement.⁷⁰¹ De la sorte, la disparition de l'aléa de la commande ramène la situation à celle qui prévaudrait dans le cas de figure où un acheteur unique bénéficierait de barèmes d'écarts en rapport avec une importante capacité de commande. C'est cette même logique qui a amené le législateur à introduire, en 2005, une disposition supplémentaire à l'**article L.442-6 I 2°**, déclarant discriminatoire l'obtention d'un avantage par une globalisation artificielle des chiffres d'affaires.⁷⁰² On peut estimer que le terme "artificiel" renvoie directement à la jurisprudence antérieure et à l'exigence d'une obligation d'achat, qui transforme cette globalisation artificielle en une globalisation réelle, dont seule l'absence entraînera l'application de l'article. C'est également l'analyse qu'en a faite

⁷⁰⁰ Cf. **Commission d'Examen des Pratiques Commerciales : Avis n° 04-02** relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L.442-6 du Code de commerce : "*Si l'on ne peut exclure a priori que la pratique d'un groupement de deux ou plusieurs acheteurs puisse trouver une contrepartie dans le développement des ventes des fournisseurs ou la réduction de leurs frais, l'appréciation de la réalité de cette contrepartie et son évaluation doivent être effectuées cas par cas, à l'égard de chaque fournisseur. En d'autres termes, l'existence et l'importance de telles contreparties ne sauraient résulter du seul constat du développement des ventes et de la réduction des frais de l'ensemble des fournisseurs des adhérents de la centrale.*".

⁷⁰¹ **Avis de la Commission de la Concurrence du 30 Octobre 1986** " DI FRA" "ARCI" et "SERFAAL". BOSP n°2 du jeudi 29 janvier 1987 p 22, 26 et 30.

la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales.⁷⁰³ Cette disposition est reprise dans l'article **L.442-6 I 1° nouveau du Code de commerce** issu de la **loi du 17 mars 2014**.

315. Cependant, avant ces réformes, certains auteurs avaient envisagé d'autres solutions concernant ce problème.

Ces solutions, bien que finalement non retenues, méritent quand même d'être abordées comme étant encore d'actualité, si l'on considère qu'une certaine latitude dans l'appréciation du caractère discriminatoire de cette pratique subsiste dans les textes légaux.⁷⁰⁴ Il a été, d'abord, envisagé de recourir aux contreparties que nous avons déjà étudiées telles qu'une garantie de paiement pesant sur la structure d'intégration à l'achat ou une solidarité de ses membres, mais avec des implications propres à cette pratique. C'est l'opinion défendue notamment par Mme M.E André.⁷⁰⁵ Ces deux premières solutions alternatives sont très proches l'une de l'autre, dans la mesure où elles prônent, toutes deux, la substitution d'une garantie financière à l'obligation d'achat. Parallèlement à cette opinion, MOUSSERON, pour justifier la globalisation des avantages, avait fait appel, pour sa part, à une solution novatrice consistant en l'exercice de la discipline du regroupement.⁷⁰⁶ Ces hypothèses, bien que différentes, reposent néanmoins sur un même principe de base, celui d'une compensation du caractère anticoncurrentiel de la globalisation des avantages en substituant à l'obligation d'achat, solution logique du problème adoptée par les autorités de la concurrence, une autre solution préservant l'autonomie de la commande.

Pour séduisantes qu'elles soient, ces propositions ne nous semblent pourtant pas pouvoir être retenues. Encore convient-il de justifier cette position.

⁷⁰² **Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 49-I** «Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients».

⁷⁰³ Cf. **Avis de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)** : "*lorsqu'elle est en fait la condition préalable de la passation de commandes et qu'elle intervient sans engagement écrit de commandes, la pratique qui consiste à demander une participation financière au titre de la politique de massification des achats est visée par l'article L. 442-6-I (3°)*" **Avis CEPC n° 04-02 du 25 févr. 2004**, D. 2004, p. 934.

⁷⁰⁴ Cf. Titre : "**2) Des conditions de validité affectant le référencement**" p 348.

⁷⁰⁵ Voir, notamment : **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 272 n° 521 et suivants.

⁷⁰⁶ **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 83 n° 116 "*L'essentiel du contrat de référencement apparaît alors de la façon suivante : «Je globalise les commandes des affiliés» dit le référencé ; « J'exerce les disciplines du groupement» énonce le référencéur.*"

2) Une solution particulière

316. En ce qui concerne les premières hypothèses envisagées d'une garantie ou d'une solidarité.

La justification d'une garantie financière, envisagée sous l'angle d'une solidarité des membres du regroupement, a été présentée dans une argumentation convaincante par Mme M.E André : *"... L'alternative nous paraît, alors, simple : ou bien les obligations des adhérents sont identiques à celles de commerçants indépendants et l'avantage est purement et simplement discriminatoire puisque à des conditions de commande identiques répondent des prix différents... ou bien les obligations des adhérents sont différentes de celles des commerçants indépendants et la simple différence permettant de justifier des avantages reconnus à un gros client sont qu'ils apportent au fournisseur la sécurité d'un gros client, c'est-à-dire l'unité de leurs engagements ; la consolidation des commandes pour ce qui est des prix implique la consolidation des engagements pour ce qui est de leurs dettes... et cette consolidation s'appelle la solidarité. Admettre la consolidation des commandes sans requérir celle des dettes revient, purement et simplement, à admettre les prix discriminatoires. Equilibrer la solidarité des commandes par la solidarité des dettes est, d'ailleurs, un comportement retenu par plusieurs groupements de distributeurs ; certains, même, recourent à des formules d'assurance pour couvrir ce risque particulier. Refuser la solidarité des autres groupes d'affiliés reviendrait à admettre une autre discrimination : accorder à tous les bénéficiaires des groupements et centrales la même consolidation des commandes en obtenant des uns mais non des autres la solidarité des engagements."* ⁷⁰⁷ Sans remettre en cause les fondements logiques du raisonnement de Mme M.E André, on peut cependant voir un premier obstacle à l'application d'une garantie de solvabilité de la structure de regroupement, qu'elle soit ou ne soit pas sous la forme d'une obligation de solidarité de ses membres, c'est dans leur utilisation déjà envisagée pour d'autres pratiques du regroupement à l'achat. On pense à la prime de référencement, même si elle devrait plutôt, selon nous, reposer sur la reconnaissance d'une aide à la commercialisation. On pense, surtout, à la discussion relative à l'accord de délais de paiement, courants dans la grande distribution, pour lesquels une contrepartie en terme de solvabilité est incontournable ; même si cette question est à présent très réglementée. Si l'on envisage que la garantie de paiement ou la solidarité soient, au moins, partagées comme contrepartie avec une autre des pratiques issues du référencement, on peut estimer qu'elles seront insuffisantes et que l'impact

économique de la globalisation des avantages nécessiterait une contrepartie supérieure. Cela nous conduit à notre seconde remarque. Le deuxième obstacle que l'on peut voir à l'application de cette solution c'est, précisément, celui de la valeur d'une garantie de paiement ou de la solidarité en tant que contrepartie économique. De fait, que le fournisseur soit assuré du paiement des commandes par le regroupement à l'achat, ne compensera en rien, en cas d'absence ou de déficit de ces dernières, ce qu'il serait en droit d'attendre en terme de volume d'achat, compte tenu des avantages consentis. Tout en estimant parfaitement justes les conclusions de Mme M.E André, on peut comparer, à notre tour, les obligations respectives d'un gros acheteur et celles d'une multitude de petits acheteurs intégrés, et estimer que celles-ci, aussi, devraient être identiques. Leurs différences résultant de la liberté de commande des membres du regroupement, il est logique de penser, prioritairement, sa disparition comme une condition de validité à la globalisation des avantages. Cette disparition, en raison des arguments probants présentés par Mme M.E André, devrait-elle néanmoins se cumuler avec une garantie de solvabilité ? On peut douter de cette solution au regard de l'exigence, qui apparaît aujourd'hui comme étant le droit positif, d'une obligation d'achat pesant sur le regroupement. En effet, dans cette perspective le déficit d'obligation entre un gros commerçant indépendant et les membres d'une structure d'intégration, à l'origine de la discrimination constatée par Mme M.E André et justifiant **l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce**, n'existe plus. Par la présence d'une obligation d'achat, les engagements des commerçants intégrés se retrouveront, déjà, supérieurs à ceux de commerçants indépendants. Il n'y a donc plus de raisons, dans ce cas, pour qu'ils s'engagent au-delà par d'autres garanties.

317. Etudions à présent la troisième solution envisagée : celle émise par MOUSSERON dans sa fameuse étude sur les rapports entre fournisseurs et distributeurs.⁷⁰⁸

Cette solution prône, comme contrepartie à la globalisation des avantages, l'existence d'un exercice des disciplines du regroupement par la structure de référencement. Cet exercice ne peut se concevoir, selon l'auteur lui-même, que de deux façons : "*... Il peut s'agir d'obligations positives de s'approvisionner auprès des fournisseurs référencés ; sauf à constater la présence de clauses de minima ou de quotas, cette obligation est de peu de poids pour l'affilié et, par conséquent, de faible conséquence et, donc, intérêt et attraction pour l'éventuel référencé. Il peut,*

⁷⁰⁷ Mme M.E ANDRE : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 272 n° 521.

⁷⁰⁸ MOUSSERON <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 80 n° 109.

aussi, s'agir d'une obligation négative à ne pas s'approvisionner auprès des fournisseurs non référencés ; tel est le cas si la clause d'approvisionnement inscrite dans le contrat est une clause d'approvisionnement exclusif auprès des fournisseurs référencés ; dans cette hypothèse, nous nous trouvons davantage en présence d'une clause de boycott des fournisseurs non référencés que d'une clause destinée à assurer aux fournisseurs référencés une quelconque sécurité de vente de leurs marchandises.". Le caractère clairement anticoncurrentiel de la dernière solution envisagée, qui entraînerait celui de la globalisation des avantages dont elle serait la contrepartie, ramène la discussion de : *"l'exercice des disciplines du regroupement"*, exclusivement sur les disciplines conçues comme : des *"obligations positives de s'approvisionner "*. Cette solution peut-elle représenter une alternative valable à celle prônée par la jurisprudence d'une obligation d'achat ? Certainement pas telle que présentée par MOUSSERON, c'est-à-dire conçue comme une obligation de moyen. Comme l'auteur le remarque lui-même, *"cette obligation est de peu de poids pour l'affilié et, par conséquent, de faible conséquence."*. En optant pour une obligation d'achat, la jurisprudence a clairement indiqué, dès l'origine, qu'à l'obligation de résultat pesant sur les fournisseurs quant à la globalisation des avantages, devait être substituée une autre obligation de résultat ; ce que conforte la loi. La solution serait sans doute différente en présence de *" clauses de minima ou de quotas"*, comme l'envisage également l'auteur. C'est-à-dire, si le regroupement était en mesure d'imposer à ses affiliés une obligation de résultat quant à leur approvisionnement. Cela aurait pour conséquence, que l'obligation d'exercer les disciplines du regroupement s'analyserait également en obligation de résultat. Dans cette situation, la structure d'intégration à l'achat pourrait, véritablement, garantir les fournisseurs d'un certain montant d'achats effectués par ses membres. La solution serait alors équivalente à celle envisagée par la jurisprudence, la différence consistant, seulement, en l'identité du débiteur de l'obligation formant la contrepartie à la globalisation des avantages. La nécessité d'une forme de garantie d'achat en contrepartie à la pratique de globalisation des avantages apparaît donc, néanmoins, incontournable.

Il convient d'en mesurer les conséquences, au regard des alternatives fonctionnelles du référencement.

§ 2) Une exigence incontournable

318. Le caractère incontournable d'une obligation d'achat en contrepartie de la globalisation des avantages, obligation qui résulte de l'application combinée de la jurisprudence et des dispositions de la **loi du 2 août 2005**, n'est pas sans incidence sur l'analyse fonctionnelle du référencement, et au-delà, sur le concept même de référencement, si l'on tient compte de l'importance que revêt cet avantage dans ses formes modernes.

En effet, cela signifie que seules seront pertinentes les solutions fonctionnelles compatibles avec cette exigence d'une obligation d'achat. Cela change nécessairement notre vision de cette relation contractuelle, car nous sommes partis d'une définition de l'objet du référencement, issue de la doctrine et la jurisprudence, ouvrant largement le champ de l'interprétation contractuelle quant à son fonctionnement : *"La négociation par une structure de regroupement de conditions de vente dont ses membres pourront directement se prévaloir pour réaliser leurs achats "*.⁷⁰⁹ Nous avons, dans ce sens, repris et complété une approche descriptive de cette relation initiée par MM.FABRE et SALES,⁷¹⁰ et reposant sur le degré de liberté des contractants au référencement,⁷¹¹ dont il est résulté quatre types de référencements possibles : les référencements ouverts, semi-ouverts, semi-fermés et fermés. Or, ce nombre se retrouve, par ces dispositions du droit de la concurrence, ramené à deux : les référencements semi-fermés et fermés qui, seuls, peuvent intégrer ce principe d'une obligation d'achat. Il convient, donc, d'en mesurer en détail les conséquences sur l'analyse fonctionnelle du référencement, en distinguant de manière très simple en (A), les analyses fonctionnelles compatibles, et en (B), les analyses fonctionnelles incompatibles.

A) Des analyses fonctionnelles compatibles

319. La question de la variété des référencements est distincte de celle de son analyse fonctionnelle, mais elles restent liées.

⁷⁰⁹ Cf. infra n° 134.

⁷¹⁰ MM.FABRE et SALES <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984.

⁷¹¹ Cf. Supra : Titre *"B) Un but pleinement atteint par le référencement"* p 50.

Ainsi, la disparition des référencements ouverts et semi-ouverts, en raison de la jurisprudence exigeant une garantie d'achat, exclut, parallèlement, les solutions fonctionnelles ne prévoyant pas de relations réciproques, ce qui écarte l'analyse en contrat unilatéral. Mais, en revanche, les référencements semi-fermés et fermés ne sont pas exclusifs des autres formules contractuelles envisageant des relations synallagmatiques qui toutes peuvent être, a priori compatibles. C'est la raison pour laquelle il convient de vérifier, pour chacune de ces formules, l'incidence de cette obligation d'achat en contrepartie de la globalisation des avantages

1) La compatibilité d'une analyse en mandat et en stipulation pour autrui

320. L'analyse en mandat, si elle n'implique pas légalement l'existence d'une obligation d'achat pesant sur les mandants permet, cependant, d'envisager sans problème qu'une telle obligation soit conventionnellement prévue ; c'est la situation qui a été observée de longue date et décrite sous le vocable de "référencement fermé".⁷¹²

En revanche, l'hypothèse dans laquelle la globalisation des avantages serait compensée par la structure de regroupement mandataire sous la forme d'une obligation de résultat, comme celle d'exercer la "discipline du regroupement", apparaît plus complexe. Il faut, d'abord, étudier la situation classique de la garantie, par la structure de regroupement, de la bonne exécution des obligations souscrites par ses membres en raison du référencement. Cette situation, analysable comme une convention de du croire, a déjà été envisagée dans l'alternative fonctionnelle du mandat. Elle serait admissible, comme précédemment, sous réserve que soit reconnue la possibilité, pour un mandataire, de garantir, vis à vis de tiers, la bonne exécution des obligations de son mandant, au lieu de garantir son mandant de la bonne exécution, par les tiers, de leurs obligations.⁷¹³ Elle le serait, quand bien même il s'agirait, ici, de garantir directement une prestation d'achat, c'est-à-dire la bonne exécution d'une obligation de faire, et non pas seulement son bon paiement comme il était habituel jusqu'à présent.⁷¹⁴ On peut, en effet, penser

⁷¹² Cf. Titre I. Chapitre 2. Section 1.

⁷¹³ Voir, supra : n°300 la discussion en ce sens.

⁷¹⁴ Voir pour un exemple concret : **Décision n° 11-D-03 du 15 février 2011** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais " *Creno Impex exerce l'activité de centrale de référencement à l'achat pour le compte des adhérents afin de leur permettre de bénéficier de conditions commerciales plus favorables en groupant leurs achats.*

la notion de ducroire comme étant suffisamment souple pour accueillir toutes sortes d'obligations.⁷¹⁵ Cette convention de ducroire supposerait, néanmoins, l'existence d'un engagement préalable d'achat des membres du regroupement – analysable, pour sa part, comme une obligation de moyen – que l'obligation de résultat pesant sur la structure d'intégration viendrait renforcer. C'est donc toujours sur les membres du regroupement que porterait l'obligation principale d'achat, obligation formant la cause de l'engagement des fournisseurs à réaliser les conditions de vente et justifiant, par-là même, la qualification du référencement en mandat, mais c'est sur la structure d'intégration que reposerait la contrepartie à l'obligation des fournisseurs de globaliser les avantages. Cette prestation de ducroire impliquant généralement une rémunération de la part de celui auquel elle profite, c'est a priori sur les fournisseurs que pèserait cette rémunération, ce qui validerait, également, l'existence de la commission de gestion. Ce raisonnement contractuel aboutirait, néanmoins, à une impasse en terme d'ordre public économique, dans la mesure où la prestation de ducroire ayant déjà trouvé sa contrepartie du côté des fournisseurs dans la globalisation des avantages, il n'est pas logique qu'ils aient également à payer la commission de gestion. En revanche, cet engagement ayant finalement profité aux distributeurs membres du regroupement à l'achat, il paraîtrait assez logique que ce soit sur eux que pèse cette rémunération.

321. La situation serait sensiblement différente, si l'obligation d'achat – obligation de résultat contrepartie de la globalisation des avantages par le fournisseur – pesait exclusivement sur l'organe de regroupement.

Pourrait-on envisager une telle situation ? Nous avons vu précédemment qu'on pouvait admettre, dans l'alternative fonctionnelle du mandat, l'existence de certains liens contractuels entre fournisseurs et structure d'intégration à l'achat. Les principes devant gouverner cette admission ayant trait au caractère annexe de ces liens, par rapport au contrat de référencement.⁷¹⁶ Cela pourrait-il être le cas dans l'hypothèse qui nous intéresse ? on serait tenté de le croire, en première analyse. On peut d'abord penser l'obligation de résultat pesant sur cette structure vis à vis des fournisseurs, quant à l'exercice des disciplines du regroupement, comme n'étant pas sans cause, puisqu'elle ne recouvre pas les obligations normales pesant sur un mandataire. Ensuite, cette obligation ne devrait pas rentrer en contradiction

Dans ce cadre, Creno Impex se porte ducroire à l'égard des fournisseurs concernés, ce qui permet à ces derniers de bénéficier d'une garantie de paiement. "

⁷¹⁵ *"Quand le ducroire n'est qu'une création de la volonté des parties, cet engagement de bonne fin peut indifféremment porter sur toute sorte d'obligations, c'est-à-dire pour être concret, aussi bien sur des obligations dont l'objet est une prestation en argent que sur des obligations dont l'objet est une prestation en nature, même si le premier mouvement peut porter à n'envisager que la première hypothèse."* **Michel VIVANT** : Jurisclasseur Contrats Distribution fasc. 955.

avec cette qualité de mandataire, puisque son exercice ne saurait exister qu'après la conclusion du contrat-cadre, mettant fin au mandat donné par ses membres. Cependant, on se trouverait de nouveau dans une impasse, parce que cette situation ferait nécessairement basculer l'analyse du référencement en mandat, au profit d'une analyse en contrat synallagmatique entre fournisseurs référencés et regroupement référenceur. En effet, la cause de l'engagement des fournisseurs formant l'objet du référencement ne se trouverait plus, ici, dans l'engagement en retour des distributeurs, mais dans celui de la structure de regroupement. Cette situation pourrait, en revanche, parfaitement correspondre à celle prévalant lors d'une stipulation pour autrui.

322. Dans cette hypothèse d'une stipulation pour autrui, l'impossibilité déjà plusieurs fois soulignée, pour la structure d'intégration à l'achat, de stipuler des obligations à l'égard de ses adhérents exclut, de manière catégorique, que soit envisagée une obligation d'achat pesant sur les membres du regroupement. Cette situation exclut, de la même façon, que puisse être caractérisée une garantie par la structure de regroupement que ses membres exécutent leur obligation d'achat puisque, par définition, celle-ci n'a pu leur être transmise. Elle exclut, pareillement, que cette même structure se porte-fort que ses membres remplissent à terme une telle obligation, puisqu'on ne peut se porter fort que pour un tiers, ce que les distributeurs bénéficiaires de la stipulation ne sont plus. Au demeurant, l'accepter serait faire indirectement reposer la cause de l'obligation de stipulation des fournisseurs sur l'acceptation du porte-fort également bénéficiaire de la promesse, ce qui serait un moyen détourné de s'affranchir de l'effet relatif du contrat imposé par l'**article 1165 du Code civil**. En revanche, rien n'empêche d'envisager, et c'est l'unique alternative fonctionnelle possible, que le regroupement à l'achat s'engage, en son propre nom, sur un certain quota d'achat. A sa charge ensuite, pour remplir les obligations qu'il aura contractées, d'exercer les "disciplines du regroupement".⁷¹⁷ Le manquement à ses obligations pouvant, alors, être sanctionné soit par une clause pénale, soit par l'exercice d'une responsabilité contractuelle.

Les difficultés de conciliation de cette obligation d'achat, avec les alternatives fonctionnelles du référencement, se retrouvent lors de l'analyse majoritaire de cette relation contractuelle en courtage.

⁷¹⁶ Cf. Supra : p 315.

⁷¹⁷ Cet exercice des disciplines du regroupement pouvant prendre, alors, l'aspect de clauses visant à inciter les membres à l'achat. Voir dans ce sens : **Conseil de la Concurrence, Décision n° 00-D-10 du 11 avril 2000** relative à des pratiques mises en oeuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le

2) La compatibilité d'une analyse en courtage

323. Le courtage simple implique que les distributeurs membres du regroupement référenceur, soient analysés comme bénéficiaires d'une promesse de vente négociée par la structure de référencement agissant en courtier mandataire de ses membres, sous la forme d'un contrat-cadre d'approvisionnement.

Le schéma fonctionnel de ce contrat se présenterait donc, en se basant sur notre étude précédente de cette alternative, de la manière suivante : en même temps qu'elle porte aux fournisseurs l'offre d'achat (obligation de résultat), la structure d'intégration à l'achat négocie avec ces derniers en tant que mandataire pour le compte de ses membres, tout en cherchant à concilier les intérêts des parties (obligation de moyen), comme l'y oblige sa double casquette de mandataire courtier ; à l'issue de ces négociations, elle réalise avec le fournisseur un accord de principe sur les conditions de vente. La structure de regroupement, agissant à ce moment comme mandataire de ses membres, conclura avec le fournisseur cette promesse de vente qu'elle se chargera ensuite, en tant que courtier, de transmettre à ses adhérents (obligation de résultat) et d'en favoriser l'acceptation. Les distributeurs membres restent libres de lever ou non l'option. L'action de favoriser l'acceptation de ses membres, pesant sur le regroupement à l'achat, peut apparaître, alors, soit comme l'accomplissement de ses obligations normales issues du courtage au titre de la conciliation des intérêts (obligation de moyen) - dans ce cas elle met fin à son rôle de courtier - soit comme l'exercice des disciplines du regroupement conçu en tant qu'obligation de résultat, dérogeant au droit commun du courtage et propre au référencement. Encore faudrait-il qu'elle soit compatible avec cette analyse en courtage simple. En effet, dans cette thèse du courtage simple, comme dans celle du mandat, la contrepartie à la production et l'éventuel maintien de l'offre par les fournisseurs ne saurait apparaître dans les obligations de la structure de référencement mais doit, nécessairement, se trouver dans celle de ses membres. Le contrat de référencement n'est, dans ces hypothèses, qu'un contrat-cadre conclu, au nom et pour le compte de ses membres, par la structure de regroupement. Cette contrepartie consistant en une obligation d'achat, et l'analyse en courtage simple induisant l'existence d'un mandat, elle sera nécessairement envisageable avec les mêmes restrictions que cette précédente hypothèse. C'est-à-dire que la limite de cette analyse se situera, également, dans la cause de l'engagement des fournisseurs ; celle-ci ne pouvant reposer principalement dans l'obligation de faire de la structure d'intégration consistant en

marché de l'optique médicale, concernant un mécanisme de bonus/malus dans la redistribution des

l'exercice des disciplines du regroupement, mais devant reposer dans l'obligation d'achat des distributeurs membres. Sous réserve de ces restrictions, on peut considérer cette alternative du courtage simple comme étant également compatible avec une obligation d'achat.

324. La situation sera sensiblement différente en présence d'un double courtage.

Si l'on dissèque les mécanismes contractuels initiaux du double courtage, on observe que le référenceur, en tant que courtier du regroupement des distributeurs, est porteur d'une invitation à entrer en pourparler ou, selon, d'une offre d'achat. Son objectif est la recherche de vendeurs, auxquels il transmet l'offre de ses membres (obligation de résultat). On observe, parallèlement, qu'il agit aussi comme courtier des fournisseurs, ce qui suppose, comme obligations à charge de ces derniers, le maintien de leurs conditions de vente pour la durée du référencement et le paiement d'une commission de gestion en rémunération de son action de courtier. Il s'engage, pour sa part, à faire connaître les offres des fournisseurs à ses membres (obligation de résultat) et à les favoriser (obligation de moyen). Fort de ces deux courtages il négocie, alors, une offre de vente entre ses donneurs d'ordres, accomplissant ainsi, peut-on penser, l'obligation de moyen pesant sur un courtier de conciliation des intérêts des parties.⁷¹⁸ A l'issue de ces négociations, l'organe de regroupement porte à ses membres l'offre de vente des fournisseurs qui, en raison de ses caractères, devrait plus logiquement être qualifiée de promesse de vente assortie d'une stipulation pour autrui.⁷¹⁹ Cette action de porter à la connaissance de ses membres les conditions de vente apparaît donc, de nouveau, comme l'accomplissement de l'obligation de résultat de "*faire connaître à chacune des parties les conditions de l'autre*", qui pèse sur la structure de référencement en tant que courtier, tant à l'égard de ses membres qu'à celui des fournisseurs pareillement donneurs d'ordres.⁷²⁰ Après quoi, tout comme dans l'hypothèse précédente du courtage simple, le regroupement courtier s'efforce de favoriser les offres des fournisseurs auprès de ses membres, action qui peut de nouveau apparaître comme l'accomplissement de ses obligations normales issues du courtage, au titre de la conciliation des intérêts (obligation de moyen). S'agissant d'obligations normales issues d'un courtage, la réalisation de l'ensemble de ces obligations entraîne, dans ce régime juridique, la rémunération du courtier

ristournes, destiné à inciter les franchisés à ne recourir qu'aux fournisseurs référencés.

⁷¹⁸ Cf. Supra : n° 214.

⁷¹⁹ Voir, dans ce sens **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 257 n° 490.

et justifie l'existence de la "commission de gestion".⁷²¹ La relation de courtage, ainsi conçue, se révélerait, donc, d'une assez grande conformité aux situations juridiques nées d'un référencement. Cependant, elles ne règlent pas la question de la contrepartie économique au contenu même de l'offre ou de la promesse de vente, notamment celle relative à l'obligation pesant sur le fournisseur de globaliser les avantages. Or, dans cette hypothèse du double courtage, celle-ci ne saurait trouver sa justification sur une obligation d'achat pesant sur les membres du regroupement à l'achat, contrairement à l'analyse précédente du courtage simple. En effet, le contrat de référencement correspond, ici, à un contrat de courtage passé entre regroupement référenceur et fournisseurs référencés.⁷²² C'est donc dans les obligations pesant sur le référenceur que doit se trouver la contrepartie à celle pesant sur ses donneurs d'ordres. Et c'est là que, la question de la compatibilité de cette solution fonctionnelle avec l'exigence d'une obligation d'achat, se pose.

B) Des analyses fonctionnelles incompatibles

325. On rappellera, premièrement, qu'en raison de la disparition des hypothèses de référencements ouverts et semi-ouverts qu'elle implique, la pratique de globalisation des avantages ne saurait être compatible avec une analyse du référencement en contrat unilatéral, qui trouve sa contrepartie dans une probabilité de vente et, non, dans une obligation d'achat pesant sur les membres d'un regroupement.

Cependant, même dans les hypothèses qui restent envisageables des référencements fermés ou semi-fermés, cette pratique induit encore des incompatibilités fonctionnelles. C'est le cas du double courtage, même si la démonstration en est plus complexe. Dans l'analyse en double courtage, l'organe de regroupement conclut en son nom propre un contrat de courtage avec les fournisseurs, prévoyant le contenu et le maintien de leurs conditions de vente au profit de ses membres avec, comme contrepartie, l'obligation pour lui de communiquer et de favoriser cette offre auprès des affiliés. Ce deuxième schéma de l'analyse majoritaire du courtage est donc sensiblement différent de celui d'un

⁷²⁰ Cf. Supra : n° 214.

⁷²¹ Voir, dans ce sens **MM FABRE et SALES**<<les regroupements à l'achat>> précité p 70 n° 98.

⁷²² Cf. Supra : Titre "**A) Une adaptation conceptuelle aux spécificités du référencement**" p 244.

courtage simple, sa capacité à générer une obligation d'achat également.

1) L'incompatibilité du double courtage

326. Cette solution fonctionnelle du double courtage écarte la possibilité, pour l'organe de référencement, de prévoir dans le contrat de référencement passé avec les fournisseurs qu'une forme quelconque d'obligation d'achat pèse sur le regroupement.

En effet, si l'on part du principe que le contrat de référencement est ici le contrat de courtage passé entre les fournisseurs et la structure de regroupement, on comprend que l'engagement sur une obligation d'achat n'est pas normalement l'objet de ce contrat, ce qui, en tout état de cause, induirait que cette obligation soit stipulée à l'encontre de ses membres, ce qu'interdit **l'article 1165 du Code civil**. Cette hypothèse écarte également, sur ces mêmes fondements, la possibilité pour la structure d'intégration à l'achat de garantir la bonne exécution, par ses adhérents, de leur obligation d'achat par le jeu d'un engagement de confiance. Une première solution, consisterait à envisager que l'organe de regroupement soit titulaire d'un mandat donné par ses membres lui permettant de les engager. Cependant, cet engagement d'achat se formalisant nécessairement auprès des fournisseurs par la signature d'un contrat-cadre d'approvisionnement, ce contrat apparaîtrait alors, obligatoirement, comme étant le contrat de référencement. C'est-à-dire que l'alternative résiderait, en fait, dans la relation analysée comme un simple courtage. Une deuxième solution, conservant le cadre juridique que nous analysons présentement du double courtage, consisterait à envisager que les engagements des fournisseurs référencés trouvent, néanmoins, leur justification dans les engagements en retour de l'organisme référenceur agissant en courtier. Il est exclu, cependant, que l'on puisse trouver dans l'obligation de la structure de référencement de favoriser les offres du fournisseur, une contrepartie suffisante à la production et au maintien par les fournisseurs de ses conditions de vente, et en particulier, de la globalisation des avantages. Il est alors nécessaire, de concevoir cette obligation comme dépassant le rôle normal d'un courtier, c'est-à-dire comme dépassant l'obligation normale de conciliation des intérêts.

327. Ce qui nous amène à notre second cas de figure, celui dans lequel l'obligation pesant sur la structure de référencement consisterait dans l'exercice des disciplines du regroupement.

On peut penser que cette invention de MOUSSERON, que reprend Mme M.E André

dans son hypothèse du double courtage, et dans laquelle ces deux auteurs voient la contrepartie au principal avantage accordé par les fournisseurs d'une globalisation des ristournes, est plus appropriée que celle de favoriser les offres du fournisseur, parce que sans ambiguïté et propre au référencement. Cependant, le problème réside en ce que cette action dérogatoire aux règles habituelles du courtage pourrait, certes, constituer une contrepartie suffisante à l'obligation pesant sur les fournisseurs de globaliser les avantages, si elle était envisagée comme une obligation de résultat, mais en revanche, elle remettrait parallèlement en question cette analyse fonctionnelle du double courtage comme réponse au référencement. C'est ce qu'il convient à présent de démontrer.

2) Un manque d'adaptation rédhibitoire

328. Le principe, dont on a vu qu'il était incontournable, et qui veut qu'à l'obligation de globaliser les avantages pesant sur les fournisseurs corresponde une certaine garantie d'achat, entraîne donc, nécessairement, l'analyse de l'obligation d'exercice des disciplines du regroupement, pesant sur l'organe d'intégration, en obligation de résultat.

En ce sens, la situation du double courtage qui voit le contrat de référencement uniquement dans le contrat de courtage passé entre fournisseurs référencés et regroupement à l'achat, se rapproche de celle prévalant dans une stipulation pour autrui. En effet, dans ces deux cas, la contrepartie à la globalisation des avantages pèse sur la structure de regroupement elle-même, et non sur ses membres. Il convient, néanmoins, de s'interroger sur les conséquences que ces constatations entraînent quant à son régime juridique. Pour qu'une garantie d'achat pesant sur la structure de référencement soit admissible, cela supposerait, d'abord, qu'elle n'existe pas dans les obligations pesant normalement sur un courtier, ensuite, qu'elle ne soit pas incompatible avec celles-ci.

- Concernant le premier point.

Nous avons pu admettre l'éventualité que l'action consistant à favoriser les offres du fournisseur puisse, éventuellement, entrer dans celles découlant d'un courtage, en raison de la souplesse de cette relation juridique et de l'obligation de moyen pesant sur le courtier de concilier les intérêts des parties. Il n'apparaît, en revanche, aucune obligation de résultat dans les obligations légales nées d'un courtage, qui puisse se rapprocher de celle d'une garantie d'achat de la part du courtier.

- Concernant le second point.

Pourrait-on, néanmoins, envisager que cette obligation soit conventionnelle ? La réponse sera également négative.

Il n'est pas possible, par exemple, d'évoquer une obligation de ducroire pesant sur le regroupement référenceur lors de la passation du contrat de référencement, dans la mesure où cette obligation, dans un contrat de courtage, sert à garantir la bonne exécution du contrat conclu par l'intermédiaire du courtier.⁷²³ Or, ici, il s'agit de garantir une contrepartie aux engagements que les fournisseurs consentent à l'absence de tout engagement réciproque des distributeurs qui ne sont même pas parties au contrat. Si une telle obligation de ducroire devait peser sur le regroupement référenceur, elle le serait seulement lors de la passation des commandes par ses membres, stigmatisant, alors, la conciliation des intérêts et réalisant le contrat pour lequel se sera entremise la structure de regroupement. Quant à l'hypothèse envisagée dans laquelle cette garantie d'achat prendrait la forme d'un "exercice des disciplines du regroupement", on peut d'abord s'interroger sur sa validité intrinsèque, s'agissant d'une obligation consistant en une action coercitive du regroupement courtier sur ses membres, peu conforme à son statut juridique. De fait, l'opposition de nature est flagrante, entre l'obligation de conciliation des intérêts des parties, pesant sur un courtier, et celle d'exercer les disciplines d'achat du regroupement. Cette garantie d'achat pose également un autre problème. Nous avons admis que la théorie du conflit d'intérêt du mandataire envers ses donneurs d'ordres, en matière de double courtage, ne devait pas s'appliquer trop strictement en raison de sa souplesse ; cette position permet d'envisager des situations contractuelles hybrides avec les inévitables contradictions en résultant.⁷²⁴ On peut néanmoins penser, ici, la situation comme étant résolument incompatible, car, le caractère d'obligation de résultat de la garantie d'achat pesant sur le référenceur, ne lui laisse d'autre option que d'obliger ses membres à contracter sur la base des conditions de vente qu'il aura négociées avec les fournisseurs, alors qu'il n'était tenu, à l'égard de ces derniers, en raison du contrat de courtage, que d'une obligation de moyen de parvenir à concilier les intérêts.

329. Cette inadaptation se trouve encore renforcée, s'il en était besoin, par l'érection de cet exercice en véritable cause de la relation contractuelle du référencement.

⁷²³ Cf. : **Françoise de Chasteignier** : Jurisclasseur Contrat - Distribution fasc. 490 p 9 n° 39.

⁷²⁴ Voir, Supra, Titre "**1) Les difficultés de mise en œuvre du double courtage**" p 250.

LE REFERENCEMENT

En effet, si la cause objective, entraînant la validité d'un contrat de courtage, repose sur les obligations pesant sur le courtier, dans sa recherche d'un cocontractant pour son ou ses donneurs d'ordres, il n'en reste pas moins que la cause réelle de ce contrat, c'est-à-dire la raison déterminante des engagements souscrits par le ou les donneurs d'ordres que le courtier est chargé de transmettre, repose toujours sur l'espérance dans une obligation en retour du futur cocontractant. Dans notre hypothèse, la contrepartie à la principale obligation pesant sur les fournisseurs, aux termes du contrat de référencement, ne se trouve plus dans les obligations des distributeurs membres du regroupement à l'achat, mais directement dans celle pesant sur le référencier. L'obligation pesant sur le référencier devient, donc, la cause réelle de l'engagement des fournisseurs à la globalisation des avantages. Ce qui a pour conséquence de le faire apparaître, non plus comme un intermédiaire indépendant, mais directement comme partie au contrat d'approvisionnement. Le courtier, comme l'ont toujours rappelé la jurisprudence et de nombreux auteurs, n'est pas partie au contrat principal que passent entre eux ses donneurs d'ordres. Or, si on admettait que la contrepartie de l'offre des fournisseurs soit constituée par l'une des obligations pesant sur le courtier, celui-ci ne resterait plus étranger au contrat.⁷²⁵ L'incompatibilité d'un double courtage avec la pratique d'une globalisation des avantages apparaît, alors, difficilement surmontable.⁷²⁶ Cette hypothèse du double courtage, comme alternative fonctionnelle, doit être à notre avis, de ce fait, définitivement écartée. A l'issue de cette démonstration il convient, donc, de dresser le constat que, l'incidence des conditions de validité de la globalisation des avantages, se traduit par une réduction assez nette des alternatives fonctionnelles possibles.

⁷²⁵ Voir, dans ce sens la jurisprudence déjà citée de la **Chambre Commerciale de la Cour de cassation du 3 janvier 1967**.

⁷²⁶ Voir, en sens contraire concernant ce problème les conclusion de **Mme M.E ANDRE** dans son ouvrage : *"Le problème n'est pas ici de rechercher si un pareil système d'obligations est licite au regard du Droit, interne ou communautaire, de la concurrence mais de savoir si pareil jeu d'obligations perturbe la qualification précédente de courtage. Nous répondons par la négative. La qualification d'entente au sens que le Droit de la concurrence donne à ce terme n'implique ni n'écarte la qualification civile de l'opération qui lui tient de support. Cette régularité pourra, d'ailleurs, se modifier avec le temps et l'évolution des contraintes développées par ce corps de règles; elle pourra, même, être confortée par telle ou telle modification de clauses sans que la nature juridique de l'opération s'en trouve atteinte."* **Mme M.E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 221 n° 432.

Conclusion du chapitre II

330. Le chapitre précédent avait consisté à démontrer et déterminer en quoi, certaines pratiques nées de l'intégration à l'achat, pouvaient avoir une influence sur le régime juridique du référencement.

Ce chapitre en a été la suite logique, puisqu'il a consisté à analyser, au regard des exigences de validité posées par l'ordre public économique, quelles sont ces influences. L'objectif était donc, pour chaque pratique repérée, de dresser la liste de ses compatibilités et incompatibilités avec les alternatives envisagées comme solution fonctionnelle à cette relation juridique. Il ne s'agissait pas là, principalement, de porter un jugement de valeur sur chaque alternative proposée, même si cela a pu être fait parfois de manière incidente, mais seulement de pousser les raisonnements juridiques à l'extrême, en envisageant toutes les possibilités de conciliation entre les exigences de l'ordre public économique et celles du droit des contrats. Cette démarche a donné lieu à la démonstration d'alternatives fonctionnelles que la confrontation de l'ordre public économique et du droit des contrats rendaient juridiquement, à la limite de l'acceptable, et pour certaines, définitivement non viables, s'agissant pourtant de solutions proposées de longue date et parfois utilisées par la jurisprudence. Cette démarche avait pour but d'introduire notre dernier "Titre", dans lequel nous chercherons à proposer une nouvelle solution que nous pensons plus satisfaisante à cette question du régime juridique applicable au référencement.

Cet objectif passant, cette fois, par une analyse de valeur des solutions fonctionnelles envisagées, il s'appuiera, nécessairement, sur les données apportées par ce chapitre, qui en était le préalable indispensable.

Conclusion du Titre I

331. L'objectif de ce premier titre était de démontrer l'influence de l'ordre public économique sur l'analyse juridique du référencement, avant d'en tirer toutes les conséquences dans notre titre II.

Comme nous avons, lors de notre première partie, souligné l'opposition entre le caractère immuable de l'objet de cette relation juridique et la variabilité de la cause des contrats qu'elle pouvait générer, la question qui restait ouverte était celle des motifs de variabilité de cette cause. Confronté à ce problème, nous avons émis l'hypothèse que la variabilité de cette cause trouve sa source, outre dans la volonté des parties, également dans l'application de l'ordre public économique. La première démarche logique consistait, alors, à identifier les cas où l'application de l'ordre public économique est susceptible d'influer sur cette cause des contrats de référencement. Ces cas, sont ceux dans lesquels les conditions de validité imposées par l'ordre public économique aux obligations nées de ces contrats se trouvent, précisément, dans les modalités de référencement. Nous avons, donc, passé en revue les différentes obligations nées du référencement, pour déterminer l'influence que leur confrontation à l'ordre public économique pouvait avoir sur ce contrat. Il est apparu que, seules quelques pratiques trouvaient leur justification dans le référencement et, logiquement, celles issues du regroupement à l'achat. Cette première étape réalisée, il convenait, dans un second temps, de mesurer l'influence des impératifs de l'ordre public économique pour chacune des pratiques concernées sur l'analyse fonctionnelle des contrats de référencement. Il est alors apparu que, l'application de l'ordre public économique à ces pratiques pouvait donner lieu à plusieurs alternatives fonctionnelles, certaines plus rationnelles que d'autres. Cependant, l'objectif de ce titre n'était pas de déterminer la solution fonctionnelle la plus adaptée, mais seulement de dresser la liste des compatibilités et des incompatibilités au regard des différentes qualifications formulées pour le référencement, que nous avons étudiées dans notre première partie.

L'influence de l'ordre public économique sur cette relation contractuelle étant, de ce fait, démontrée et analysée nous avons, à présent, tous les paramètres nous permettant de lancer la discussion finale sur sa nature et son régime juridique.

TITRE II : Un ordre public économique justifiant un nouveau concept du référencement

Introduction :

332. Après avoir déterminé les caractères spécifiques du référencement, parmi les formules contractuelles utilisées pour le fonctionnement des différents modes de structuration du mouvement d'intégration à l'achat, caractères qui ont assuré sa reconnaissance par la jurisprudence et qui en font une relation contractuelle *sui generis* ;

- après avoir exposé les différentes alternatives fonctionnelles susceptibles de rendre compte de son régime juridique ;

- après avoir étudié les conditions de validité de cette relation et, dans notre précédent titre, déterminé en quoi l'application de l'ordre public économique n'était pas neutre quant à la perception fonctionnelle du référencement ;

- après avoir, ainsi, considéré les compatibilités et incompatibilités entre les conditions de validité des obligations nées du référencement et les différentes alternatives fonctionnelles envisagées, par la doctrine et la jurisprudence, pour répondre de son régime juridique ; on pourrait penser cette étude comme étant, à présent, terminée.

Cependant, la nécessaire prise en compte de ces différents paramètres lors de l'interprétation des contrats de référencement, paramètres qui doivent nécessairement conditionner cette interprétation, n'est pas sans poser des problèmes pratiques, notamment en cas de contradiction entre deux clauses quant au régime juridique qu'elles sous-tendent. La question peut alors se poser, de celle qu'il conviendra d'écarter comme étant incompatible avec l'alternative fonctionnelle applicable et celle qui, au contraire, apparaîtra comme justifiant une analyse contractuelle donnée. Il y a donc, à ce stade de notre étude, un problème qui reste en suspens et qu'il convient à présent de traiter, c'est celui de la valeur des obligations ayant un impact sur l'interprétation du référencement. Cette question ne saurait se concevoir comme l'établissement d'une graduation en importance des différentes obligations naissant de ce contrat. En effet, cette démarche n'aurait aucun sens, tant cette importance dépend de l'analyse de la volonté des parties dans les cas d'espèces soumis à l'appréciation des juges du fond. Cette question ne

LE REFERENCEMENT

peut donc se concevoir, que comme une recherche de l'existence éventuelle d'obligations dont la validité ne saurait être écartée faute de rendre illicite cette relation contractuelle, et dont la compatibilité, avec tel ou tel régime juridique, conditionnera, nécessairement, celle des autres obligations observables entre les parties. Dans cette optique, cette recherche apparaît comme étant celle de la cause du référencement, au sens que certains auteurs donnent à cette notion, c'est-à-dire en tant qu'instrument de validité du contrat lui-même et non pas seulement de l'obligation qui en est le support. La cause du référencement étant, alors, l'obligation qui expliquerait l'existence même de la relation et dont l'absence de validité entraînera, nécessairement, celle du contrat dans son entier. En ce sens, la cause prendra une valeur qualificative, car si elle n'est pas à l'origine de la différenciation du référencement des autres contrats de distribution, ce qui reste l'apanage de l'objet, elle reste néanmoins incontournable dans l'appréhension de cette relation, dans la mesure où elle en détermine le régime juridique. Une fois cette recherche effectuée, si elle s'avère positive, il conviendra d'en tirer toutes les conséquences quant au rapprochement de ce régime avec les techniques contractuelles préexistantes, conformément à la dialectique menée jusqu'à présent. Cette opération constituant le premier volet de ce dernier titre (Chapitre 1). Cette étude, que nous qualifierons de classique, étant à ce moment complètement finie, il sera alors temps, dans une dernière étape, d'essayer d'appréhender différemment le problème en proposant, à notre tour, une théorie apte à rendre compte de ce contrat complexe (Chapitre 2).

Chapitre I : L'impasse de l'approche analytique classique du référencement

Introduction :

333. L'approche analytique classique du référencement à laquelle nous nous sommes soumis jusqu'à présent repose, essentiellement, comme nous venons de le rappeler, sur le principal élément de qualification d'un contrat que constitue son objet. Or cet objet, quoique différent des autres contrats d'intermédiation, s'en rapproche suffisamment pour qu'il nous ait fallu tout un chapitre pour conclure définitivement à cette différenciation.

La nécessité, pour affiner notre appréhension fonctionnelle de cette relation contractuelle, de se pencher sur l'existence éventuelle d'une cause n'est pas, non plus, sans conséquence sur les conclusions de l'étude que nous avons menée jusqu'alors. En effet, aborder le problème sous cet angle, c'est également remettre en question le principe, que l'on considérait comme acquis, de la validité du référencement comme nouvelle technique juridique d'approvisionnement. En effet, la cause suppose, elle aussi, d'être licite pour valider le contrat qui en est le support. Il est logique, alors, que la détermination de cette cause entraîne des conditions supplémentaires non envisagées jusqu'à présent, et aboutisse à des conclusions différentes. En l'occurrence, à des conclusions susceptibles de remettre en question la perception communément admise de cette relation, jusqu'au point d'aboutir à une situation, si peu satisfaisante intellectuellement, qu'elle réclame une autre approche.

C'est ce cheminement logique que nous allons, à présent, tenter de suivre en démontrant, d'abord, l'existence d'une cause qualifiante au référencement (section 1), avant d'en mesurer les conséquences (Section 2).

Section I : Un aboutissement logique de l'analyse contractuelle

Introduction :

334. Le principe de l'existence d'une cause au référencement, au même titre que celle d'un objet, est une nécessité liée à sa qualité de contrat ; comme nous l'avons rappelé lors de l'étude des caractères initiaux de ce dernier.⁷²⁷

Nous avons, dès lors, cherché à déterminer en fonction des types de référencements quelle pouvait être cette cause, et estimé qu'en matière de référencement ouvert et semi-ouvert cette cause se trouvait dans une probabilité de vente, pour le référencement semi-fermé dans les obligations en retour de l'organisme référenceur, et pour le référencement fermé, dans l'obligation d'achat pesant sur les membres du regroupement. Cependant, la détermination de cette cause n'était conçue que comme la recherche d'un pendant obligatoire à l'objet du référencement ; selon la définition que nous avons admise de cet objet.⁷²⁸ Elle visait, alors, à expliquer la situation contractuelle multiforme observable en retour, puisque plusieurs contreparties possibles à cet objet existaient. En cela, elle justifiait l'engagement des fournisseurs référencés pour un type de contrat de référencement donné. Elle ne cherchait pas à justifier l'existence du référencement en lui-même, qui est notre propos actuel. C'est, donc, un champ d'investigation totalement nouveau qui s'ouvre à nous. C'est, logiquement, à cette recherche d'une cause au référencement que nous nous attacherons en priorité (§ 1). Cette recherche effectuée il conviendra, alors, dans un second temps, d'en tirer les conclusions en tâchant de déterminer, en fonction des différents paramètres que nous avons pu réunir, quelle peut être l'influence de l'existence de cette cause sur les différentes techniques contractuelles envisagées pour rendre compte de cette relation sui generis (§ 2).

⁷²⁷ Cf. p 93.

⁷²⁸ " La négociation par la structure de regroupement de conditions de vente dont ses membres pourront directement se prévaloir pour leurs achat." Cf. n° 134.

§1) La démonstration de l'existence d'une cause au référencement

335. Il convient de bien cerner l'objet de notre étude présente.

Le problème d'une recherche de la cause du référencement est indissociable de celle de la portée de la nullité des obligations nées des contrats de référencement. Il faut en effet se demander, en cas de nullité d'une de ces clauses, si celle-ci entraînera nécessairement la nullité du contrat de référencement dans son ensemble - étant entendu que le principe de validité de l'objet du référencement en tant que concept juridique a été démontré - ou seulement la nullité de l'obligation étudiée. En posant ainsi le problème de la détermination, parmi les différentes obligations pouvant naître de cette convention, d'une ou plusieurs dont l'existence, et la licéité, apparaîtront nécessaires à sa validité, on répond, également, à la question de la détermination d'une cause au contrat de référencement. Parallèlement, si par hypothèse cette cause, une fois déterminée, apparaissait comme étant commune à l'ensemble des contrats de référencement, elle pourrait, alors, être érigée en cause du référencement en tant que concept, limitant les alternatives fonctionnelles juridiquement applicables et contribuant à affiner notre perception de cette relation juridique. C'est cette démarche intellectuelle que nous allons mener en distinguant en (A), la recherche d'une pratique déterminante du référencement et en (B), son élévation en tant que cause de cette relation sui generis.

A) Une pratique décisive du référencement

336. La recherche de l'obligation déterminante d'un contrat de référencement n'est pas une démarche qui nous est propre.

MOUSSERON s'est déjà attelé à une telle recherche dans son essai sur les relations entre producteurs et distributeurs.⁷²⁹ Il est arrivé à des conclusions déterminantes pour la suite de notre réflexion, après une démonstration brillante qu'il serait tout autant prétentieux qu'inutile de refaire et à laquelle nous nous contenterons de nous référer.

⁷²⁹ **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité.

1) Une démonstration fondamentale

337. MOUSSERON, dans son analyse du contrat de référencement, ouvre, d'abord, un champ d'investigation intéressant, en remarquant que depuis la circulaire DELORS ayant élargi le contenu des conditions générales de vente aux avantages "immédiats" et "différés" consentis par les fournisseurs, et depuis l'obligation de communication de ces conditions générales de vente, posée par la **loi du 30 décembre 1985** qu'a repris **l'article 31 de l'ordonnance du 1er décembre 1986**, et maintenant **l'article L.441.6 du Code de commerce**, les producteurs et les regroupements *"s'ils respectent les prescriptions de la circulaire... n'ont plus à négocier une offre qui est tout entière, incluse dans les conditions générales de vente du producteur."*

Il distingue alors deux situations : *"ou bien l'offre du fournisseur s'identifie à ces conditions générales de vente et dans ce cas, l'intérêt d'une remise de l'offre du groupement à l'achat est pratiquement nul, si ce n'est parce qu'elle oblige contractuellement ce fournisseur à maintenir une offre qu'il peut autrement librement rétracter, sauf à engager sa responsabilité civile délictuelle ; seul un juriste attachera de l'intérêt à la distinction. Ou bien l'offre du fournisseur ne s'identifie pas à ces conditions générales de vente, et, dans ce cas, elle risque fort de constituer une pratique discriminatoire, dont la formation et la recherche sont sanctionnées par l'article 37.1° g de l'ordonnance du 30 juin 1945 modifiée par la loi du 30 décembre 1985."* MOUSSERON s'interroge, alors, sur les obligations contractuelles pouvant constituer la raison d'être du contrat de référencement, puisque celui-ci ne peut consister en la négociation de l'offre. Il cherche, dans un premier temps, à la périphérie de l'opération.⁷³⁰ Il prend d'abord note du fait que la pratique contractuelle entraîne la négociation par le groupement, dans le contrat de référencement, d'un certain nombre de services en contrepartie d'une rémunération : *"assistance technique, régionalisation des livraisons faites aux affiliés, et éclatement des marchandises par les entrepôts du groupement, assistance commerciale, promotion de produits référencés auprès des consommateurs... , assistance financière, centralisation des paiements, information sur les affiliés, garanties financières..."* ainsi que, dans certains cas, *"une obligation de garantie de la solvabilité de ses adhérents"*.⁷³¹ A ces accords, il donne le terme de "contrats d'assistance", mais rejette leur faculté à constituer des

⁷³⁰ MOUSSERON <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 77 n° 105.

LE REFERENCEMENT

obligations découlant de l'essence du contrat de référencement, puisque faisant l'objet d'une rémunération spécifique et ne justifiant pas les avantages accordés aux "affiliés", c'est-à-dire aux distributeurs membres du regroupement. Il en conclut la nécessité de : *"recentrer l'observation et la ramener au cœur de l'opération, c'est-à-dire l'offre faite - par l'entremise du groupement / regroupement référenceur - au bénéficiaire de celui-ci, les acheteurs éventuels."*. Enfin, après avoir rappelé le caractère "spécifique" et "subsidaire" que devaient à l'époque présenter ces opérations, conformément à la circulaire DELORS, il aboutit au raisonnement suivant : *" Nous sommes alors confrontés à une alternative délicate :*

- ou bien la coopération commerciale répond à l'exigence de spécificité : elle a vocation à la durée et ne risque pas d'être absorbée à très brève échéance par les conditions générales de vente... mais cette spécificité citée, fait alors obstacle à sa négociation et à sa promotion par le groupement référenceur;

- ou bien, la généralité de la coopération commerciale permet sa négociation et sa promotion par le groupement référenceur... mais cette généralité lui fait perdre, alors, toute vocation à la durée; elle doit être, à très brève échéance, incluse dans les conditions générales de vente. Et c'est bien pour cela, dans cet objectif, que la circulaire DELORS caractérise de telle façon les contrats de coopération commerciale." ⁷³² Ce qui lui permet d'en arriver à la conclusion fondamentale pour la suite de notre étude : *"Si l'on ne peut nourrir le contrat de référencement ni, à la périphérie, par le développement de l'assistance commerciale ou autre du groupement à l'achat envers le fournisseur, ni, au cœur de l'opération, par le passage de l'offre des seuls contrats de vente à une offre portant, également, sur la conclusion de contrats de coopération commerciale, on est conduit à préciser ce qui, dans les hypothèses ordinaires de référencement paraît l'essentiel, c'est-à-dire les obligations caractéristiques du référencé, d'une part, et du référenceur, d'autre part.*

- L'obligation la plus simple et la plus constante mise par le contrat de référencement à la charge du producteur référencé est, purement et simplement, de globaliser les commandes émanant des différents bénéficiaires du groupement ou de la centrale de référencement et de les traiter comme si elles émanaient d'un seul client. Pour des achats relativement faibles, les différents bénéficiaires accéderont, ainsi, aux lignes les plus intéressantes des barèmes d'écart, aux dispositions des conditions de vente, de prix notamment, réservées aux acheteurs

⁷³¹ Idem. L'auteur suit en cela les conclusions de Mme André dans l'affaire SOPEGROS : **TGI de Strasbourg 29 sept 1983** Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros.

⁷³² **MOUSSERON** <<Producteurs - Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 80 n° 109.

des volumes de marchandises les plus importants. Ce n'est pas dans la détermination des conditions générales de vente désormais invariables - en principe, du moins ! - que réside l'originalité du traitement réservé par le référenceur aux affiliés par rapport à ses autres clients. C'est dans la fiction qu'il acceptera de traiter leurs commandes comme émanant d'un seul et même acheteur, d'un seul et même client. Il n'y a plus modification des conditions générales de vente; il y a application particulière aux affiliés de conditions générales de vente par ailleurs inchangées si ce n'est par les formules supplémentaires toujours possibles des contrats de coopération commerciale ou des accords de promotion."

2) Une conclusion encore d'actualité

338. La nécessaire actualisation des propos de MOUSSERON ne change rien à la qualité de son raisonnement.

MOUSSERON estimait d'abord, en substance, qu'en raison des mesures favorisant la transparence tarifaire, le référencement ne pouvait pas trouver sa raison d'être dans l'élaboration de conditions d'achat spécifiques, puisque celles-ci se trouveraient nécessairement englobées dans les conditions de vente des fournisseurs concernés et étendues à tous les distributeurs, faute d'être considérées comme étant discriminatoires.⁷³³ Pour cette raison, d'après cet auteur, le référencement ne pouvait trouver sa justification dans une discussion sur l'offre. On sait que cette affirmation se révèle fausse aujourd'hui car la **loi dite LME** a changé fondamentalement les données du problème en abrogeant l'incrimination "per se" des conditions de vente différenciées.⁷³⁴ On doit, néanmoins, constater que les bases de ce raisonnement restent valables, et permettent de conclure qu'à présent, a contrario, la négociation d'offres différenciées peut constituer une justification du référencement. De la même façon, le raisonnement de MOUSSERON en ce qui concerne la coopération commerciale apparaît obsolète, puisqu'il se basait sur une définition ancienne de la coopération commerciale comme étant un ensemble de services spécifiques et nécessairement entendus, par la doctrine et la jurisprudence, comme devant être limités en pourcentage de volume de transaction

⁷³³ **J.M MOUSSERON** <<Producteur et distributeur qui commande ?>> LITEC 1986 Le contrat de référencement.

⁷³⁴ **Loi sur la Modernisation de l'Economie dite loi LME du 4 août 2008, article 93-I,1°, a).**

par rapport aux conditions de vente.⁷³⁵ De ce fait, soit ils restaient spécifiques et ne relevaient pas d'une négociation par le référencement, soit ils étaient généralisés et inclus dans les conditions de vente. Si l'on rapporte ces propos à la situation actuelle, on constate que ce raisonnement reste encore vrai en ce qui concerne les conditions de vente particulières définies par ***l'article L.441-6 alinéa 3 du Code de commerce.***⁷³⁶ En revanche, la coopération commerciale définie à présent comme étant les services détachables des conditions de vente ne peut plus "glisser" vers ces dernières, quand bien même elles seraient négociées par les organes d'intégration à l'achat. Cependant, le fond du raisonnement de MOUSSERON reste d'actualité, car cette coopération commerciale, telle qu'elle est nouvellement définie, ne relève pas, de facto, du référencement même si, en pratique, elle peut être négociée par les mêmes structures. D'une part, parce qu'elle porte sur des services rendus à l'occasion de la revente, ce qui n'est pas l'objet du référencement qui porte sur la négociation des conditions de vente, ensuite, parce qu'elle porte sur des actes destinés à favoriser la commercialisation lors de cette revente, ce qui induit nécessairement une individualisation à chaque distributeur et apparaît incompatible avec une négociation globale.

339. D'où la question de MOUSSERON, qui reste pertinente, de savoir dans quelle opération le référencement trouve sa justification.

A cette question, nous avons vu que, par rapport à l'époque de MOUSSERON, la négociation d'une offre particulière peut aujourd'hui constituer une réponse.⁷³⁷ Cependant, présentée ainsi la question apparaît faussée, parce que tronquée. La vraie question que posait MOUSSERON était de savoir : en quoi réside l'avantage pour un distributeur à se regrouper et faire usage de ce contrat s'il ne peut, par son regroupement, obtenir des conditions d'achat spécifiques ? Argumenter, à présent, sur la possibilité de conditions particulières pour justifier le référencement, serait faire abstraction de l'action préalable de regroupement du potentiel d'achat qui est à l'origine de la mission du référenceur. La réponse qui s'impose est donc encore celle de MOUSSERON ; le seul avantage logiquement envisageable du

⁷³⁵ **Circulaire du 22 Mai 1984** Relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprise BOCCRF BOSP n° 9 24 Mai 1984 p 148 " *...Un accord de coopération commerciale porte sur la fourniture par un distributeur à son fournisseur de services spécifiques ne relevant pas des obligations résultant des actes d'achat et de vente.* " ; Cf. également **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 80 § 109.

⁷³⁶ Cf. nos propres constatations quand nous disions que : *"Ces engagements peuvent se trouver volontairement ou involontairement étendus à l'ensemble des clients d'un fournisseur. Ces engagements cessant alors de relever des conditions particulières, pour entrer dans le domaine des conditions générales de vente et, de ce fait, susceptibles d'être négociés dans le contrat de référencement."* Cf. n° 241.

⁷³⁷ Cf. Supra n° 338.

référencement est, précisément, de regrouper les achats pour l'obtention de ristournes calculées sur leur montant global, c'est-à-dire : la globalisation des ristournes. Cette solution voyant la globalisation des avantages au cœur de l'opération de référencement a, logiquement, été approuvée ou relayée par d'autres auteurs.⁷³⁸ Nous y adhérons bien évidemment sans réserve. Cette obligation, qui trouve son origine dans la volonté de regroupement du potentiel d'achat et qui justifie, de ce fait, l'utilisation du référencement comme mode d'intermédiation constitue, donc, le motif déterminant de l'existence de ce contrat et peut, ainsi, être qualifiée de cause finale du référencement et, par voie de conséquence, également de cause de tous les contrats de référencement.

B) Un élément essentiel de l'analyse

340. La détermination d'une cause au référencement est une étape importante dans l'appréhension de ce contrat sui generis, dans la mesure où, si nous connaissions jusqu'à présent son objet permettant de le différencier des autres contrats d'intermédiation existants, nous n'avions aucun élément permettant de déterminer la pertinence des solutions fonctionnelles envisageables, à partir de cet objet, pour rendre compte du référencement.

Cette pertinence apparaît, à présent, dans la capacité des solutions fonctionnelles à intégrer, ou pas, les conditions de validité de la globalisation des avantages. Il convient d'approfondir l'importance de l'existence de cette cause au référencement.

1) L'objet d'une intégration à l'achat

341. De ce premier constat fait par MOUSSERON, beaucoup de conséquences peuvent être déduites.

Ainsi, nous compléterons quelque peu sa démonstration en remarquant, par un raisonnement parallèle, que si la globalisation des avantages est : "*l'obligation la plus simple et la plus constante mise par le contrat de référencement à la charge du producteur référencé*", tous les mécanismes contractuels poursuivent un but

⁷³⁸ Voir, en ce sens : **Mme M-E ANDRE** "Centrales et Supercentrales" Cahiers de Droit de l'Entreprise 1985 4 (Structures de la Distribution) p 4 ; **MM. DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX.

LE REFERENCEMENT

comparable s'ils sont utilisés à la réalisation d'une intégration à l'achat. C'est d'abord le cas de la vente, puisque bénéficiant des commandes groupées de ses affiliés ou de ses membres, la centrale ou le groupement d'achat, agissant en grossiste, va pouvoir commander en quantités importantes et bénéficier ainsi de barèmes d'écart. Certes, dans cette opération il n'y a pas juridiquement globalisation des ristournes, qui sous tend un regroupement virtuel des commandes, mais il n'en reste pas moins que le but recherché par ces deux mécanismes reste le même : rassembler les commandes pour bénéficier d'avantages assis sur le potentiel d'achat ainsi créé. La même réflexion pourrait être faite concernant l'utilisation des mécanismes de la commission et du mandat. Cette première constatation contient en elle-même son corollaire : si les mécanismes contractuels d'intégration à l'achat visent toujours un certain regroupement des commandes pour bénéficier d'avantages en rapports, c'est donc que l'intégration à l'achat, elle aussi, poursuit le but pour lequel sont utilisés ces moyens, et s'il existe des structures pour servir de support à cette intégration à l'achat, c'est donc que ces structures poursuivent également ce même but. Se trouve alors précisé ce qui prévaut à la création de regroupement à l'achat : le regroupement des commandes pour bénéficier d'avantages en rapport avec leur volume. Définition qui, dans le cas particulier du référencement, peut se résumer juridiquement par un double axiome :

- Un premier qui résulte de la démonstration de MOUSSERON : la globalisation des avantages est la cause du référencement.

- Un second qui découle de cette démonstration et de nos propres observations : toute structure d'intégration à l'achat fonctionnant sur le mécanisme du référencement a pour objet la globalisation des avantages.

C'est à cette même conclusion que sont arrivés un certain nombre d'auteurs. DELEBARRE et LAVABRE estiment ainsi que : *"le principal motif de la création des centrales est l'obtention d'avantages de prix en contrepartie du volume d'affaire traité avec les adhérents."* ⁷³⁹ Madame André, elle aussi, constate : *"l'observation des pratiques de référencement conduit, en effet, à penser que la principale obligation mise à la charge du fournisseur référencé par le contrat de référencement est l'obligation de tenir comme émanant d'un seul client les commandes diverses émanant des différents bénéficiaires, des groupements*

⁷³⁹ **MM.DELEBARRE et LAVABRE** <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX.

d'achats ou des affiliés aux centrales d'achat.". ⁷⁴⁰ MOUSSERON, lui-même, ajoutera plus avant dans sa démonstration ⁷⁴¹ : " *c'est dans la globalisation des commandes et les avantages liés à celles-ci que réside l'effet attractif des centrales... L'obtention d'avantages quantitatifs est directement à l'origine de la construction de nombreux groupements et centrales, et, surtout, les supercentrales de référencement et de déréférencement.*". On peut trouver des exemples concrets de ces affirmations dans la jurisprudence. ⁷⁴²
Il s'ensuit plusieurs conséquences.

2) La cause du référencement

342. Si la globalisation des avantages est le motif déterminant de la participation d'un distributeur à un regroupement à l'achat, c'est donc bien qu'elle est la cause finale, aux termes du droit des contrats, des obligations de ce dernier née de la conclusion du "contrat d'affiliation" ou du "contrat d'approvisionnement" ; selon qu'il s'agisse d'une centrale ou d'un groupement d'achat. Mais on peut dire, également, qu'il s'agit de la cause objective de ces obligations, car elle correspond à l'essence de la contrepartie objective fournie par le regroupement qui est le référencement des fournisseurs. Cela signifie, donc, que cette opération constitue l'objet sur lequel la personnalité du regroupement à l'achat a été constituée. S'il est nécessaire, deux arguments supplémentaires plaident en faveur de cette analyse :

- D'une part, malgré les évidentes restrictions de concurrence qu'entraîne cette pratique, les autorités de la concurrence se sont toujours refusées à sa condamnation de principe. Cela se comprend aisément, puisque pareille condamnation aurait entraîné la fin des structures d'intégration à l'achat, dont les effets positifs sur l'économie en terme de régulation des prix, pour être contestés, n'en sont pas moins patents.

⁷⁴⁰ **Mme M-E ANDRE** "Centrales et Supercentrales" Cahiers de Droit de l'Entreprise 1985. 4 (Structures de la Distribution) p 4.

⁷⁴¹ **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 105 n° 152.

⁷⁴² Cf. **Décision de l'autorité de la concurrence n° 11-D-03 du 15 février 2011** relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais " *Creno fédère des grossistes indépendants en fruits et légumes et produits de la mer frais. Il opère en amont comme une centrale de référencement pour l'approvisionnement de ses adhérents auprès de fournisseurs sélectionnés... Le groupement, né en 1974, est issu de l'association de plusieurs grossistes en fruits et légumes qui souhaitent disposer de moyens plus importants pour mieux répondre à l'évolution de leur métier. La fonction initiale du Creno était de centraliser les achats de ses adhérents auprès des fournisseurs afin d'obtenir des conditions commerciales plus favorables.* ".

LE REFERENCEMENT

- D'autre part, la pratique commerciale a également démontré, avec l'affaire des supercentrales d'achat, que la globalisation des avantages constituait bien l'objet de la création de ces structures, puisque le simple fait de subordonner cette globalisation à une obligation d'achat, a rapidement entraîné la disparition de deux d'entre elles, ARCI et SERFAAL, par dissolution volontaire. ⁷⁴³

Compte tenu de l'analyse faite précédemment de cette pratique commerciale, au regard de l'ordre public économique, ces constatations débouchent sur les conclusions suivantes :

- soit, selon la perception que l'on peut avoir du contrat de référencement, les distributeurs membres s'engagent à une certaine obligation d'achat où le regroupement fournit une contrepartie équivalente quelconque, dans ce cas la globalisation des ristournes est validée.

- Soit, cette obligation d'achat n'est au contraire pas remplie et la globalisation des ristournes sera, alors, déclarée contraire au droit de la concurrence.

Cette hypothèse entraînerait, dans un premier temps, la nullité absolue du contrat de référencement concerné, puisque sa cause serait contraire à l'ordre public économique. MOUSSERON précise, ainsi, en raisonnant en terme d'objet sur le contrat de référencement : *"lorsque le contrat de référencement a pour objet premier la totalisation comptable des commandes éventuelles d'affiliés et la justification sur le papier d'avantages et de barème donc dans l'hypothèse où il ne repose sur aucune contrepartie réelle et s'avère discriminatoire, il est fréquemment annulable sur la base de l'article 6 du Code civil."* ⁷⁴⁴ On arrive à la même conclusion en invoquant la cause de l'opération de référencement, en se basant également sur **l'article 6 du Code civil**, ou en application de **l'article 1133 du Code civil**. On peut donc affirmer que la validité de la globalisation des avantages est la condition incontournable d'une légalité de fond du référencement. Mais cette constatation en entraîne une autre : l'absence de contrepartie réelle à la globalisation des avantages aura aussi, pour conséquence, d'entraîner la nullité des contrats d'affiliation passés par la centrale d'achat avec ses adhérents ou, selon, du contrat de groupement. D'abord, parce que la cause du contrat d'affiliation reposerait sur une cause illicite, car contraire à l'ordre public économique que sont les règles de concurrence, ensuite, parce que ces contrats représenteraient autant

⁷⁴³ Cf. **Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales", précité. Dans le même sens : **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 414 n° 827 qui remarque également que la constitution des supercentrales ARCI et SEERFAL visait à une globalisation artificielle des commandes sans contrepartie autre que ne pas déréférencer. Voir, également les commentaires de **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 61 n° 110.

LE REFERENCEMENT

d'ententes illicites en raison de leur objet et devraient, pour cela, être déclarés nuls de plein droit. On peut donc affirmer que, la validité de la globalisation des avantages, est également la condition incontournable d'une légalité de fond de l'opération de référencement dans son ensemble et, de ce fait, du référencement en tant que concept contractuel.

Il convient, à présent, d'en tirer les conséquences pratiques.

744 **MOUSSERON** <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986, précité p 110 n° 159.

§ 2) : Une cause déterminant le régime juridique des contrats de référencement

343. L'existence d'une cause au référencement, une fois démontrée, reste à présent à en tirer les conséquences sur l'analyse fonctionnelle de cette relation contractuelle menée jusqu'à présent.

A ce titre, l'ordre public économique ayant fixé un certain nombre de conditions de validité à la globalisation des avantages, ces conditions devront être compatibles avec les différentes alternatives fonctionnelles du référencement pour pouvoir les valider définitivement. L'éventuelle incompatibilité des impératifs de validité du référencement au regard de l'ordre public économique, avec certaines des alternatives fonctionnelles étudiées, entraînera donc, a priori, leur incapacité à rendre compte de cette relation contractuelle sui generis. Ces formules doivent-elles être pour autant systématiquement écartées ? On peut penser que non. Il existe, en effet, une marge non négligeable de cas pour lesquels les conditions de validité de cette cause ne seront d'aucune incidence et dont l'analyse fonctionnelle restera, de fait, inchangée. En sens inverse, les conditions de validité de la cause du référencement ne sont pas les seuls paramètres pouvant influencer sur sa solution fonctionnelle. Il existe également d'autres impératifs que l'existence de cette cause qui peuvent influencer sur le régime juridique applicable. Il convient d'aborder ces différentes questions en s'interrogeant, d'abord, sur la portée de cette "découverte" d'une cause déterminante au référencement (A). Cette question précisée il sera temps, alors, de s'interroger sur son incidence sur le choix du régime juridique applicable au référencement (B).

A) La portée de l'existence d'une cause déterminante au référencement

344. L'incidence fonctionnelle de l'existence d'une cause au référencement est directement liée aux principes de validité dégagés lors de la soumission de cette cause aux impératifs de ***l'article 6 du Code civil***, et particulièrement, en ce qui concerne notre sujet, à ceux de l'ordre public économique que représentent les règles de concurrence interne et communautaire.

Or, l'applicabilité de cet ordre public économique n'est pas uniforme, mais soumis à des fluctuations qui se répercutent, naturellement, sur l'appréciation de la validité de cette cause. Parallèlement, la nature tripartite du référencement et le caractère

"complexe" des rapports unissant les différentes phases de cette relation contractuelle, introduit l'incidence d'autres obligations, qu'il faut intégrer à notre réflexion afin de mesurer la portée exacte de cette cause au regard de l'opération de référencement prise dans son ensemble.

1) L'incidence fonctionnelle d'une cause au référencement

345. Les incompatibilités fonctionnelles avec la globalisation des avantages seront induites par l'incapacité, de certaines formules, à intégrer les obligations que l'application de l'ordre public économique nécessite pour la validité de cette pratique déterminante du référencement.

Cependant, les règles de concurrence proprement dites ne sont pas nécessairement applicables à tous les cas de référencement, mais seulement à ceux qui ont une incidence sur le maintien d'une concurrence effective au niveau national et communautaire, ce qui pose la question de la compétence *ratione loci*,⁷⁴⁵ et du seuil de sensibilité.⁷⁴⁶ Parallèlement, la question reste également ouverte concernant l'existence d'un tel seuil de sensibilité, pour les pratiques restrictives.⁷⁴⁷ Cette discussion n'est pas sans importance car, en deçà de ce seuil, les contrats ne seraient annulables que pour absence de cause, ce qui restreint fortement les cas envisageables. On doit donc en déduire qu'il existe une marge faible, qu'on ne peut cependant exclure, de formules incompatibles avec les exigences actuelles de l'ordre public économique, mais qui pourraient, néanmoins, rendre compte, valablement, du régime juridique de certains référencements. Cela pourrait être le cas des référencements qualifiés d'ouverts ou semi-ouverts - analysables en contrats unilatéraux - dans lesquels la contrepartie à la globalisation des avantages apparaît, comme certains auteurs l'ont exprimé, dans "une

⁷⁴⁵ Voir, pour le droit français : **Décision Tekimex du Conseil de la Concurrence du 20 mai 1997 et article L.420-1 du Code de commerce** "Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché...".

Pour le droit communautaire : Voir, la **communication de la Commission** portant les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce **2004/C 101/107 du 27 avril 2004 et communication de révision du 25 juin 2014**.

⁷⁴⁶ **Cour de Cassation chambre commerciale financière et économique arrêt Zannier du 12 Janvier 1999** BOCCRF n° 2 du 29 janvier 1999. Voir également, **articles L.464-6, L.464-6-1 et L.464-6-2 du Code de commerce**.

⁷⁴⁷ Cf. Pour un avis favorable : **Mmes Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET** <<Droit de la concurrence>> Précis DALLOZ p 335 § 419 ; **Cour d'Appel Versailles 27 janvier 2005** Gaz Pal 2005 n° 155 p 27.

probabilité de vente".⁷⁴⁸ La plus grande part, en revanche, devra adopter un des régimes compatibles avec les exigences de l'ordre public économique quant à la validité de la globalisation des avantages. Un régime susceptible d'organiser pour les fournisseurs, par opposition à une probabilité de vente, une véritable "certitude de vente", comme seuls peuvent s'en prévaloir les référencements semi-fermés et fermés.

346. Indépendamment de ces conditions d'applicabilité, l'incompatibilité fonctionnelle sera également, en pratique, dépendante des conditions du contrôle de validité.

En effet, la détermination de la validité d'un contrat de référencement ne saurait faire, non plus, abstraction des conditions d'invocation de la nullité de ce contrat. Il en est ainsi, notamment, de la distinction précédemment opérée entre ordre public de protection et de direction, dont on sait qu'elle n'est pas purement formelle, relativement à la possibilité, et peut-être même le devoir, cela reste en discussion, qu'auraient les juges de l'invoquer dans un litige. On peut trouver une application concrète de cette discussion dans notre sujet, concernant la réticence des fournisseurs à invoquer la nullité d'un contrat de référencement ; réticence que nous avons déjà exposée concernant les vices du consentement.⁷⁴⁹ Ces situations particulières montrent les limites de l'ordre public contractuel dans l'appréhension des répercussions économiques de cette relation, et nécessitent l'application d'un régime de protection plus efficace et spécifique. Elles éclairent, de ce fait, sur l'intérêt d'une incrimination en responsabilité des pratiques restrictives à dater de ***l'ordonnance de 1986***, dont certains auteurs s'étaient, à l'époque, interrogés sur l'opportunité du maintien après que ces pratiques, autrefois qualifiées d'individuelles par la ***loi de 1945***, ont été dépénalisées au profit d'une responsabilité civile spéciale. Interrogations justifiées par le fait que ce régime spécial de responsabilité semble faire double emploi avec les principes de droit commun des ***articles 1382 et suivants du Code civil***.⁷⁵⁰ Or, cet intérêt existe, à plus d'un titre.

- Le premier est économiquement important, puisqu'il prévoit un certain nombre de sanctions, censées être dissuasives, autres que la nullité qui n'avantage pas nécessairement, comme nous l'avons souligné, les fournisseurs référencés.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ Voir, supra : n° 76.

⁷⁴⁹ Cf. Supra : n° 75.

⁷⁵⁰ **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> 1^{ère} édition LITEC 1995 p 123 n° 222.

⁷⁵¹ Cf. Pour les pratiques discriminatoires : **Article L.442-6 III du Code de commerce**.

- Le second l'est juridiquement, car il a trait à l'avantage procédural que procure la possibilité d'action du parquet, du ministre de l'économie et du président de l'Autorité de la Concurrence, en raison des contraintes pouvant peser sur les fournisseurs et les dissuadant d'agir par eux-mêmes. ⁷⁵²

Cette dernière procédure n'est pas, en revanche, d'une efficacité économique certaine, car son intérêt réside, précisément, dans le fait de permettre la mise en œuvre d'une nullité du contrat de référencement pour illicéité au regard de l'ordre public économique de sa cause ou de son objet. Cette nullité peut, à présent, non seulement être invoquée par la victime d'une telle pratique - avec les problèmes que nous avons soulignés - mais également, par les autorités énoncées à l'**article L. 442-6 III du Code de commerce** pour cause d'atteinte aux dispositions de ce même **article L.442-6**, et pas seulement sur les dispositions déclarées nulles de plein droit de l'**article L.442-6 II**. Nullité qui, sans cela, ne pourrait être prononcée qu'en cas d'atteinte à la concurrence au titre des **articles L.420-1 et L-420-2**, ce qui limiterait sensiblement sa portée.

347. Dans une telle situation, la question du caractère absolu ou relatif de la nullité se pose très concrètement.

S'agissant d'un ordre public de protection, la nullité relative devrait prévaloir. La possibilité d'action des autorités de la concurrence ne pourrait, alors, procéder que de la particularité de l'**article L.442-6 III** leur permettant d'agir au fond, et non du caractère absolu que revêtirait la nullité. Il s'agirait, ici, d'une simple avancée en terme de justice commerciale, l'état se substituant, par hypothèse, à un justiciable empêché de se défendre par contrainte économique. Cette interprétation explique que, même si elles ne remettent pas en cause la justification du fondement d'ordre public économique de ces décisions, certaines juridictions admettent l'argumentation présentée par des recours arguant de l'incompatibilité de cette intervention des autorités avec les droits individuels des fournisseurs et distributeurs concernés, sur le fondement de **l'article 6 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme**, quand ces derniers ne souhaitent pas, eux-

⁷⁵² Voir en ce sens : **M.Sébastien PETIT**, Avocat << Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales >> Recueil Dalloz 2010 p. 1813 n° 27 " *Tant que le puissant distributeur continuera de bien vouloir traiter avec lui, le « petit » fournisseur - clairement soumis au bon vouloir de ce dernier - se refusera, pourrait-on dire logiquement et par instinct de survie, à « scier la branche sur laquelle il est assis » en critiquant ouvertement les méthodes abusives de celui qui assure par hypothèse une large part de son chiffre d'affaires, au risque de mettre en péril le maintien de ses relations commerciales et éventuellement la pérennité de son entreprise. C'est dès lors seulement lorsque les relations auront définitivement pris fin qu'il sera d'ores et déjà déréférencé et qu'il n'y aura donc plus aucune chance pour que le distributeur revienne sur sa décision, que le fournisseur destinataire des menaces osera se plaindre des agissements fautifs de ce dernier et sera enclin à mettre en jeu sa responsabilité civile, le préjudice assurément subi par le fournisseur étant de toute façon déjà consommé...* ".

mêmes, tenter d'action.⁷⁵³ Inversement, on pourrait également soutenir que, cette possibilité d'action étant la marque d'un caractère d'ordre public de direction des dispositions économiques du titre 4, c'est au titre d'une nullité absolue qu'en fait seraient fondées à agir ces autorités, l'existence de l'**article L.442-6 III** n'étant qu'une application formelle des conséquences de ce statut. C'est plutôt cette approche qui semble prévaloir, au regard des décisions de la jurisprudence.⁷⁵⁴ Le conseil Constitutionnel, qui a été saisi de ces questions par la Cour de Cassation,⁷⁵⁵ conforte le caractère d'ordre public de direction de ces mesures en faisant primer ce caractère sur les considérations relatives aux libertés individuelles, sous réserve que les parties aient été informées de l'action.⁷⁵⁶ Cependant, même si le droit positif semble actuellement fixé par ces récentes décisions, on peut penser que la complexité des questions - tant de droit privé que de droit public - soulevées par cette procédure, est encore susceptible d'entraîner une évolution.⁷⁵⁷

⁷⁵³ Voir, dans ce sens : **Cour d'Appel d'Angers 29 mai 2007** ; DALLOZ 2007 note Bandrac, Chevrier JCP Entreprise 2007 note Koering et Decoq ; **Cour d'Appel de Versailles 3 mai 2007** : Dalloz 2007, 2433 note Bandrac ; JCP 2007 II, 10191 note Luciani . JCP 2007 n° 47 p28 note Koering. RDC 2007 1353 observations Tort. **Cour d'Appel de Grenoble Chambre Commerciale 6 Mars 2008** inédit : " Attendu qu'ainsi, à juste titre, la SAS BAGUYLED fait valoir qu'en intentant son action judiciaire sans appeler en cause ses co-contractants fournisseurs, le MINISTRE DE L'ECONOMIE porte atteinte à leur liberté de disposer de leurs droits individuels comme ils l'entendent, et que la défense de ces droits individuels, purement privés, exercée de cette manière sans qu'ils y soient associés, voire même contre leur gré, méconnaît à la fois les droits fondamentaux de ces fournisseurs, ainsi que les siens, en qualité de défenderesse à l'action intentée, droits reconnus par l'article 6 § 1 de la CEDH ; ".

⁷⁵⁴ Voir, dans ce sens : **Cour de Cassation Chambre Commerciale 8 juillet 2008** "...Et attendu, en second lieu, que l'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions de l'article L. 442-6-III, qui tend à la cessation des pratiques qui sont mentionnées dans ce texte, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ; que c'est à bon droit, que la Cour d'Appel a écarté la fin de non recevoir opposée à l'action engagée par le ministre chargé de l'économie." Bull civ. IV n° 143 ; arrêt abondamment commenté. Voir notamment : D. 2008. Chron.C.Cass. obs. SALOMON, Bandrac, Chevrier ; JCP Entreprise 2008 n°38 p 33 note Ballot Lienà et n° 30 P 8 Observation Lucian ; RJDA 2008 n° 1314 RDLC Octobre décembre 2008 Observation Behar-Touchais ; Lettre de la distribution Juillet Août 2008 p1 observations Raynard ; RLDA septembre 2008 observations Anadon. Etc. Dans le même sens : **Cour d'Appel de Reims 5 novembre 2007** observations Ferrier. **Cour d'Appel de Nîmes 17 janvier 2008** et arrêt confirmatif : **Cour de Cassation Chambre commerciale 16 décembre 2008** N° de pourvoi: 08-13162 (Arrêt inédit, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; Dalloz 2009 Panorama. 1445 Observations DORENDEU ; DALLOZ actualités Observation Chevrier ; JCP 2009 I, 138, N) 13, observations Chagny ; RLDA février 2009. Observation Anadon ; **Cour d'Appel de Colmar 12 juin 2008** ; **Cour d'Appel de Versailles 24 septembre 2009** ; **Cour d'Appel de Versailles 29 octobre 2009**.

⁷⁵⁵ **Cour de Cassation, chambre commerciale, arrêt n° 338 du 8 mars 2011** (Disponible sur le site www.courdecassation.fr).

⁷⁵⁶ Cf. **Conseil Constitutionnel Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011** "Considérant, en second lieu, qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées ;". Commentée et annexée au numéro de mai 2011 de "la Lettre de la Distribution".

⁷⁵⁷ Cf. **Mme Corinne Rougeau-Mauger** << Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence >> RTD Com. 2010 p. 653.

2) Les différents paramètres déterminant l'analyse fonctionnelle

348. Si, comme nous venons de le voir concernant la détermination du régime juridique applicable au référencement, les impératifs de validité d'une globalisation des avantages ne sauraient être écartés, d'autres paramètres rentrent, également, en ligne de compte.

En se basant sur nos conclusions précédentes, on constate qu'il reste deux avantages susceptibles d'influer sur ce régime juridique : la "prime de référencement" et la commission de gestion.⁷⁵⁸ A l'analyse, ces deux avantages n'apparaissent pas de la même valeur. En raison de son caractère d'avantage supplémentaire arraché par les structures d'intégration à l'achat et non indispensable à la validité du concept de référencement, la "prime de référencement" peut être déclarée illicite sans incidence. En cas d'absence de contrepartie spécifique dans le contrat, ou de contradiction avec le, ou les régimes juridiques compatibles avec la globalisation des avantages, son illicéité n'entraînera la nullité du contrat que si, en l'espèce, les parties ont entendu en faire un élément déterminant de leur échange de consentement. Il n'en est pas de même de la commission de gestion qui rémunère l'action d'intermédiation de la structure de regroupement. Si elle ne constitue pas la cause du référencement, comme la globalisation des avantages, ni même celle des engagements du regroupement à l'achat, elle constitue nécessairement, en revanche, la cause des engagements de la structure d'intermédiation, s'agissant de sa rémunération. S'ajoute à cela, son caractère déterminatif de la volonté des parties, en fonction de ce que ces derniers lui adjoindront comme contrepartie dans le contrat. Dès lors, même si elle n'apparaît pas indispensable à la validité du concept de référencement, puisque l'objet de cette relation peut exister en dehors de toute rémunération du référenceur, elle le sera néanmoins pour celle des contrats de référencement qui la prévoient, c'est-à-dire dans la majorité des cas. L'exception étant ceux dans lesquels la rémunération du référenceur reste assurée directement par les membres du regroupement à l'achat, sous la forme d'une cotisation. Il s'ensuit que, pour la majorité des situations de référencement, les critères de validité de la commission de gestion sont, également, une donnée incontournable dans le choix du régime juridique applicable.

Ces principes étant posés, il convient à présent de s'interroger sur les alternatives fonctionnelles susceptibles de satisfaire ces différents paramètres.

⁷⁵⁸ Cf. Supra : Titre "*Chapitre II : Un ordre public économique conditionnant l'étude fonctionnelle du référencement*" p 312.

349. Au regard des analyses précédentes, il apparaît que seules trois solutions fonctionnelles sont viables au regard des impératifs d'ordre public économique liés aux pratiques incontournables du référencement : la technique du mandat, celle du courtage simple et celle d'une stipulation pour autrui. ⁷⁵⁹

Le constat, découlant de la prise en compte obligatoire de la cause du référencement, qui réduit le régime juridique applicable à cette relation contractuelle à ces trois possibilités constitue déjà, en soi, une étape importante dans sa connaissance. Cependant, on peut discerner des différences quant à l'adéquation de ces alternatives à la réalité des relations juridiques nées du référencement. Au regard de ces trois pratiques, les alternatives du mandat et du courtage simple présentent une certaine dualité dans l'analyse de cette relation sui generis qui repose, pour chacune, sur une contrepartie apportée par leurs membres. La stipulation pour autrui, au contraire, se distingue nettement des deux autres par le système juridique qu'elle crée, à l'égard des différents contractants, quant à la contrepartie à apporter à la globalisation des avantages, dans la mesure où elle repose sur l'organisme référenceur. La dualité de l'analyse fonctionnelle du mandat et du courtage simple, alors qu'elle repose sur une même contrepartie, constitue un premier problème. On peut, en effet, se demander ce qui distingue la situation de référencement dans laquelle pèse sur les membres du regroupement une obligation d'achat, analysée en courtage simple, de cette même situation, analysée en un mandat commercial. La différence entre l'analyse de la stipulation pour autrui et les deux autres quant à cette contrepartie, pose un deuxième problème car, en sens inverse, il est difficile d'envisager qu'une même situation juridique puisse recevoir des solutions aussi diamétralement opposées. Face à ces contradictions, la logique est de conclure à l'évidence d'une inégalité dans la compatibilité de ces formules avec la situation analysée, d'où la nécessité d'un choix.

B) Un choix limité d'alternatives fonctionnelles compatibles

350. La nécessité d'un choix, entre les différentes alternatives fonctionnelles envisagées pour le référencement, repose sur un principe évident de sécurité juridique.

Il y a une différence notable entre refuser de réduire, au moyen de contorsions et

⁷⁵⁹ Voir, supra : Titre II chapitre 2.

aménagements divers, une situation juridique polymorphe à un seul contrat - ce qui est toujours notre position quant au référencement tel que nous l'avons défini - et accepter, quand cette situation est figée, que ce contrat soit interprété différemment selon les juridictions. L'existence d'une cause déterminante au référencement et l'ordre public économique qui lui est applicable, apportent la stabilité qui manquait à ce concept et justifient la recherche d'une solution fonctionnelle unique. Aussi, par-delà sa compatibilité, que nous avons déjà vérifiée, avec chacune des alternatives envisagées, la question qui se pose, à présent, est de déterminer laquelle apparaît la plus à même de rendre compte du référencement ainsi défini.

1) Le constat d'une compatibilité inégale

351. En ce qui concerne le premier problème soulevé du choix entre le courtage simple et le mandat.

Comme on le sait, la qualification de courtage simple, de même que celle de mandat peuvent, théoriquement, rendre compte, l'une et l'autre, des situations générées par le référencement et sa soumission aux règles de concurrence. La question du choix entre ces deux techniques contractuelles devra alors, nécessairement, reposer sur d'autres arguments. A ce titre, dans l'hypothèse présente dans laquelle une certaine obligation d'achat apparaît obligatoirement souscrite par les membres du regroupement, il convient de constater qu'autant la qualification de la structure de regroupement référenceur en mandataire se suffit à elle-même pour rendre compte de ses obligations, autant celle de courtier nécessite de faire appel à celle de mandataire. Le fait est que, l'absence d'incompatibilité entre les relations issues d'un courtage simple et celles du référencement provient, dans ce cas, de l'adjonction aux strictes obligations du courtage des obligations, parallèles, de mandataire. Ces obligations sont, en effet, nécessaires pour rendre compte, d'une part, de l'existence du contrat qualifié de contrat de référencement dans lequel serait prévu le contenu et le maintien des conditions de vente des fournisseurs et, d'autre part, pour justifier le déséquilibre constaté dans les agissements du regroupement au profit de ses membres. Compte tenu de ce constat on peut, à l'inverse, se demander en quoi une obligation de courtage peut être nécessaire pour rendre compte de la situation. Initialement, cette formule du référencement fermé avait, d'ailleurs, été analysée en mandat et non comme un

courtage.⁷⁶⁰

352. Les deux obligations du courtier mandataire de faire connaître aux parties les conditions de l'autre et de favoriser la conciliation des intérêts, n'apparaissent pas déterminantes pour justifier l'appel à ce contrat.

Comme nous l'avons vu précédemment, la première de ces obligations ne peut se réaliser que par la transmission de l'offre d'achat ou de la simple invitation à entrer en pourparlers avec les fournisseurs, et après négociation des conditions de vente, par la transmission à ses membres, en retour, de l'offre ou promesse de vente du fournisseur référencé. Il n'y a donc rien, dans cette obligation, qui distingue les agissements du courtier mandataire d'un simple mandataire commercial chargé de la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement. Il serait tenu, également, de porter l'offre de ses mandants et de leur rapporter le résultat de sa mission. Pareillement, l'obligation de moyen de conciliation des intérêts par le courtier mandataire ne peut intervenir, pour l'essentiel, qu'au stade de la négociation des conditions de vente avec les fournisseurs. Or, cette conciliation des intérêts, si elle ne relève pas purement et simplement de la fiction juridique dans le cadre du référencement présente, en revanche, la particularité d'être exercée, par le regroupement, surtout dans l'intérêt de ses membres. Nous avons émis l'hypothèse que ce qui pourrait justifier de cette situation, dans le courtage simple, serait précisément que le courtier soit également mandataire. Dans l'hypothèse où le regroupement serait uniquement qualifié de mandataire, cette qualification unique rendrait assez bien compte, seule, de la réalité de la négociation qui ne saurait apparaître, non plus, comme un élément déterminant en faveur du courtage. Il apparaît, donc, que l'élément déterminant qui faisait pencher la balance en faveur du courtage, était seulement l'absence d'engagement en terme d'achat de la part des membres du regroupement, que supportait la situation née d'un courtage et difficilement celle d'un mandat. Cet engagement en terme d'achat étant rendu obligatoire par les autorités de la concurrence, les données du problème s'inversent et c'est l'appel à la notion de courtage qui apparaît, alors, inutile.

Des trois régimes juridiques susceptibles de rendre compte du référencement en raisonnant en terme de compatibilité, il n'en reste donc plus que deux en raisonnant en terme de choix. Poursuivant dans cette même logique d'élimination, nous avons quelques raisons de penser ce choix comme devant, même, se ramener à un seul et unique régime : celui d'une stipulation pour autrui. En effet, même si la logique veut qu'il soit préféré comme solution au courtage, peut on, pour autant,

⁷⁶⁰ **M. BERNARD** Thèse citée p 249 n° 274 ; **MM. FABRE et SALES** <<regroupements à l'achat>> LITEC 1984 précité p 43 n° 30.

dire que le mandat représente la solution fonctionnelle la plus en adéquation avec notre problème ? On peut penser que non, car il souffre également de certaines contradictions.

2) La recherche d'une adéquation optimale

353. Si, comme nous venons de le démontrer, la formule du mandat présente une meilleure adéquation que le courtage aux situations présentes dans un référencement soumis aux exigences de l'ordre public économique, il n'en reste pas moins, qu'en raison de la spécificité du référencement, ce mandat présente des particularités que l'on ne peut ignorer et qui ont, dès l'origine, motivé certaines critiques doctrinales dont nous nous sommes fait l'écho.

Ces critiques ont abouti au constat suivant : la nature juridique du mandat est insuffisante pour appréhender la totalité, à défaut de la réalité, des rapports unissant un organe de regroupement référenceur à ses membres.⁷⁶¹ Au regard de ces premières constatations, il convient donc d'envisager, comme l'avait exprimé BURST, qu'au-delà de sa mission de représentation la structure de regroupement se voit reconnaître une véritable obligation de faire.⁷⁶² Cette obligation pourrait se définir comme étant : la recherche des meilleures conditions de vente pour en faire bénéficier ses adhérents. La reconnaissance d'une telle mission de recherche présenterait, en outre, l'avantage de prendre en compte également la dimension si souvent constatée et dénoncée, de "lobbying" des regroupements à l'achat, c'est-à-dire leur action de pression économique sur les fournisseurs pour leur faire consentir des conditions de vente favorables aux distributeurs. Il conviendrait donc, plutôt, à l'instar de BURST, de qualifier les différentes missions de l'organe de référencement en contrat d'entreprise.⁷⁶³ Cependant, il convient d'observer, en complément de cet auteur, que dans l'hypothèse du référencement fermé que nous étudions, en raison des engagements en terme d'achat que le référenceur est amené à prendre au nom de ses membres, le référencement entraîne, également, la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement. Par conséquent, son action ne peut se limiter à une obligation de faire mais contient, aussi, une obligation de

⁷⁶¹ Cf. supra n° 210.

⁷⁶² **J.M. MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE, J.M.LELOUP, A.SEUBE** <<Droit de la distribution>> p 86 n° 89 "*le regroupement n'est pas porteur d'offre, mais chercheur d'offre au profit de ses <<mandants>>*".

conclure un acte juridique au nom et pour le compte des distributeurs. L'appel à la notion de mandat nous paraît donc, également, incontournable.

354. Ce type d'action particulière, mêlant un contrat de mandat à un contrat d'entreprise, existe déjà dans notre droit.⁷⁶⁴ Elle a d'abord été admise par la jurisprudence sous le vocable de "contrat d'agence d'affaires", pour faire progressivement l'objet de jurisprudences ou réglementations particulières dans les domaines où le besoin s'en faisait sentir.⁷⁶⁵

On peut, alors, envisager cette qualification comme étant applicable au référenceur, ce que ne contredit pas la définition du RIPERT et ROBLOT : *"Les agents d'affaires sont ceux qui s'occupent de gérer les affaires d'autrui, d'administrer les biens, de suivre les procès et de faciliter la conclusion des contrats. Ils sont liés à leurs clients par un contrat qui est le plus souvent un contrat d'entreprise, et parfois de mandat."*⁷⁶⁶ Si l'on se base sur cette définition, rien n'empêcherait, a priori, de voir dans le contrat d'affiliation ou de groupement un "contrat d'agence d'affaires", fixant au regroupement la mission de conclure, avec les fournisseurs, le contrat-cadre d'approvisionnement particulier que serait le contrat de référencement, en usant des moyens de pression que lui donne la puissance d'achat dont il est investi. L'adoption de la qualification de gérance d'affaires, par rapport à celle de mandat, permettrait également de répondre à une autre objection formulée par BURST à ce contrat : *"...La deuxième difficulté a trait à l'absence pour le groupement en tant que mandataire de tout recours contre les producteurs en cas d'inexécution de leurs obligations. Certes, les membres pourraient donner pouvoir au groupement d'agir en leur nom. Mais le problème se pose dans le cas où un tel mandat n'existe pas."*⁷⁶⁷ Ce problème, soulevé par BURST, ne se poserait plus concernant un contrat d'agence d'affaires, puisqu'un tel statut englobe, généralement, l'obligation

⁷⁶³ **J.M MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE** <<Droit de la distribution>> p 86 n° 89 " ...dans l'hypothèse envisagée, il faut, sans doutes, se tourner vers la qualification de contrat d'entreprise..."

⁷⁶⁴ **M. Philippe DELEBECQUE** <<le contrat d'entreprise>> DALLOZ Connaissance du droit p 11 " Rien ne s'oppose, au demeurant à ce cumul de qualités de mandataire et d'entrepreneur. Le contrat proposé est complexe, mais sa qualification est distributive, car les règles du mandat et celles de l'entreprise auront chacune leur champ d'application."

⁷⁶⁵ Pour des exemples jurisprudentiels non exhaustifs : **Cour de Cassation 1924** D 1924, 312 : concernant les cabinets de contentieux ; **Cour d'Appel Paris 1er mars 1937** D 1937, 368 : concernant les généalogistes ; **Cour d'Appel Paris 7 février 1977**, Gaz Pal 1977,1, 293 : concernant les cabinets de recouvrement des créances etc. Pour des exemples législatifs : **loi du 26 décembre 1969 et décret du 3 décembre 1971** sur les agences théâtrales et les agents artistiques ; **loi du 13 juillet 1992** sur les agences de voyage et de tourisme etc.

⁷⁶⁶ **RIPERT ET ROBLOT** << Traité de droit commercial>> 18^{ème} édition par **M. Louis VOGEL** tome 1 volume 1 p 131 n° 155.

⁷⁶⁷ **J.J BURST** : <<le choix du lien unissant le groupement à ses membres>> Services communs d'entreprises. 1973. Collection actualité du droit de l'entreprise précité p 56.

pour cet agent de faire respecter les contrats qu'il conclut au nom de ses clients.

355. Parallèlement à cette solution, on peut également se demander si les caractères induits du mandat d'intérêt commun de l'agent commercial, dont on a vu précédemment qu'il pouvait être également le statut reconnu à un organe d'intégration à l'achat référenceur, ne suffiraient pas à englober ces différentes obligations.⁷⁶⁸

Il est ainsi raisonnable de penser que le référenceur, en tant qu'agent commercial, a tout autant que ses adhérents fournisseurs, intérêt à faire pression sur les producteurs référencés pour obtenir des conditions de vente intéressantes, puisque cela peut lui permettre d'attirer de nouveaux clients. De la même façon, la nature particulière de ce mandataire indépendant, lui donne une autonomie qui pourrait, peut être, faire admettre de sa part une intervention individuelle pour obtenir la réalisation de sa mission. Cette intervention pourrait aller jusqu'à un recours contre les producteurs ne respectant pas les contrats de référencement conclus, selon la théorie des suites du contrat issue de l'**article 1135 du Code civil**.⁷⁶⁹

356. Quelle que soit la solution fonctionnelle choisie, on peut estimer qu'elle se rapproche déjà plus de la réalité du référencement que celles invoquées précédemment d'un courtage, même si elle ne peut, non plus, se ramener complètement à un simple mandat et constitue un contrat mixte.

Cette difficulté du mandat, après le courtage, à rendre compte seul du référencement sans faire appel à un montage d'obligations constitue, déjà, un premier argument en faveur de la formule de la stipulation pour autrui. Cependant, il en est d'autres qui justifient davantage encore notre préférence pour cette solution fonctionnelle.

C'est ce qu'il convient de voir, à présent.

⁷⁶⁸ Cf. Supra n° 56.

⁷⁶⁹ Cf. **Article 1135 du Code civil** : "*Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.*".

Section II : Un choix fonctionnel par défaut

357. Comme nous l'avons exprimé, l'aspect pratique d'une certaine sécurité juridique, tout autant que la finalité intellectuelle de l'analyse du référencement suppose, une fois son objet et sa cause déterminés, que soit définitivement fixé le régime juridique qui lui est applicable.

Nous avons, à présent, tous les éléments pour y parvenir : une connaissance de son objet et de sa cause, une connaissance des impératifs de l'ordre public économique, et une connaissance des alternatives fonctionnelles qui sont compatibles. A ce stade, déterminer ce qu'il convient alors d'appeler une solution fonctionnelle, relève d'un processus de sélection de la solution la meilleure, processus que nous avons déjà engagé. Cependant, on peut également dire qu'il s'agit de procéder par élimination, et que la solution trouvée ne sera pas nécessairement la meilleure, mais la moins mauvaise. La réponse à cette question de sémantique, réside dans le résultat du processus et la satisfaction intellectuelle qu'il peut procurer. Comme notre titre de section le laisse augurer ce résultat est, à nos yeux, modérément satisfaisant ; ce qui justifie qu'on ne puisse le considérer comme l'aboutissement de notre étude. Comprendre pourquoi la stipulation pour autrui ne peut constituer qu'une solution par défaut suppose, néanmoins, de poursuivre notre démarche jusqu'à son terme. Nous chercherons donc, d'abord, à justifier notre choix de la stipulation pour autrui par rapport aux autres solutions possibles au regard des impératifs de l'ordre public économique (§1), avant de constater les limites des solutions fonctionnelles induites par ce choix, pour rendre pleinement compte du référencement (§2).

§1) La stipulation pour autrui, essence conventionnelle de la relation de référencement

358. Démontrer que la stipulation pour autrui est, par essence, la solution conventionnelle applicable au référencement, suppose qu'elle puisse permettre, de manière autonome, le fonctionnement de ce contrat ou, au moins, qu'elle soit la formule intrinsèquement nécessaire à son fonctionnement.

De fait, de la même façon que nous l'avons exprimé pour le mandat, qui reste nécessaire, même dans le cadre d'un courtage simple, pour rendre compte du fonctionnement particulier du référencement entre ses trois acteurs : référenceurs, référencés et distributeurs-membres, la stipulation pour autrui reste, également, nécessaire pour expliquer le fonctionnement de ce contrat, même dans l'alternative fonctionnelle que nous avons écartée d'un double courtage, à partir du moment où il n'y a pas d'engagement d'achat de ses membres qui suppose, précisément, un mandat. ⁷⁷⁰ Le choix fondamental se traduit, donc, entre ces deux analyses. Or, sur ce point, la stipulation pour autrui a notre préférence, dans la mesure où elle nous semble plus conforme à la volonté des parties (A). De la même façon, au sein même de ce choix contractuel, plusieurs options sont possibles qui sont autant d'alternatives fonctionnelles, posant cette même question d'un choix du contrat d'affiliation ou de groupement (B).

A) Une analyse contractuelle plus conforme à la volonté des parties

359. Si les différentes réflexions issues de la logique de fonctionnement du référencement en courtage simple, ou en mandat, conduisent à une possibilité d'admission de la viabilité de chacune d'elles en tant qu'analyse fonctionnelle susceptible de rendre compte de cette relation, on doit, cependant, constater que les conséquences juridiques de ces analyses s'éloignent, généralement, des intentions manifestées par les parties dans le recours à ce contrat complexe.

- Premièrement, les contrats de référencement ne prévoient pas nécessairement une obligation d'achat quelconque pesant sur les membres du

⁷⁷⁰ Cf. Supra : Titre "**1) Une analyse a priori évidente**" p 218 .

regroupement.

- Deuxièmement, ils prévoient, en revanche, une rémunération spécifique de la structure de référencement, pour un service difficilement compatible avec un mandat ou un courtage.

- Plus généralement, on peut constater que les contrats de référencement laissent plutôt apparaître la structure de regroupement comme titulaire, en propre, des obligations découlant du contrat.

1) La fluctuation des caractères d'une représentation

360. Il convient, d'abord, de tempérer l'affirmation selon laquelle il n'y a pas nécessairement d'engagement d'achat des distributeurs, en précisant qu'on parle, ici, d'engagement à l'égard des fournisseurs, car nous avons eu l'occasion de dire, en sens inverse, qu'une intégration à l'achat ne peut se concevoir sans un engagement préalable d'achat ; mais il s'agit, là, d'un engagement envers la structure d'intégration.⁷⁷¹

Sauf à ce que les récentes réformes de la distribution, qui exigent un engagement d'achat, ne parviennent à changer la situation actuelle et entraînent l'effectivité de cet engagement direct des distributeurs au profit des fournisseurs, cet engagement d'achat, s'il existe, sera, pour le moment, le fait de la structure de regroupement. Il y a donc, dans ce schéma, un problème à admettre le mandat ou le courtage comme solution fonctionnelle du référencement. Considérer que l'économie du contrat de référencement implique nécessairement un engagement d'achat permettrait, certes, de lever cet obstacle d'interprétation, mais se heurterait, encore, au fait que les contrats d'affiliation ou de groupement ne prévoient généralement pas non plus un quelconque mandat pour engager leurs membres sur une obligation d'achat. Il faudrait, alors, faire de nouveau appel à la théorie des contrats complexes, pour considérer que l'économie du contrat de référencement entraînant cette obligation d'achat influe, également, sur l'interprétation du contrat d'intermédiation qui l'a précédé. Cette absence de fait d'une obligation d'achat, en

⁷⁷¹ Cf. n°77. Voir notamment en ce sens : **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> Litec 6^{ème} édition p 411 n° 819 et suivant ; **M. R.FABRE** <<Regroupements à l'achat "relations juridiques">> Jurisclasseur Contrat-Distribution 2002 Fasc. 1121 p 9 n° 37.
Pour un exemple jurisprudentiel : **Cour de Cassation Chambre commerciale 9 mars 1993** (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr) ; **Conseil de la Concurrence 9 juin 1992** Gitem, BOCCRF 31 juillet 1992 ; **Décision du Conseil de la Concurrence n° 99-D-01 du 5 janvier 1999** relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Distri club Médical.

application des principes d'interprétation des contrats, qui privilégient les manifestations de volonté des parties, supposerait, déjà, avant qu'elle ne soit imposée par les autorités de la concurrence sous peine d'amende ou de nullité, qu'il n'existe aucune autre interprétation du référencement qui puisse fournir une contrepartie effective aux obligations pesant sur les fournisseurs référencés. Or, on peut penser la stipulation pour autrui comme permettant cette possibilité.

361. On aboutit à un constat semblable, concernant la nécessaire prise en compte de la commission de gestion.

Nous avons pu voir, dans le précédent chapitre, que s'il n'y avait pas d'incompatibilité rédhibitoire entre cette obligation et les trois alternatives fonctionnelles retenues, il existait, néanmoins, des différences quant à son adéquation à chacune d'elles. Ainsi, la contrepartie généralement prévue à cet avantage, sous la forme d'une communication des conditions de vente du fournisseur à ses membres, par la structure de regroupement, ou /et l'action de les favoriser ou d'exercer les disciplines du regroupement, ne pose aucun problème dans l'alternative fonctionnelle d'une stipulation pour autrui. L'action de communication apparaît insuffisante, en revanche, s'agissant d'un mandat ou d'un courtage simple, car déjà préexistante dans les engagements pris à l'égard des distributeurs adhérents, mandataires ou courtiers. Pour constituer une cause distincte des obligations pesant déjà sur ces mandataires ou courtiers, il est nécessaire de faire appel à l'action de favoriser, et pour que cette dernière constitue une cause valable, à des actes matériels ; ce qui ne sera pas nécessairement toujours observable. Or, refuser pour absence de contrepartie cette obligation de paiement d'une commission de gestion, toucherait aux limites de l'interprétation du contrat. Il en serait de même, en cas de requalification de cet avantage en une ristourne accordée par les fournisseurs aux membres du regroupement et faisant, par convention, l'objet d'une attribution directe à la structure de référencement. Pour ces différentes raisons, sans écarter totalement ces analyses, on se doit de reconnaître que, là encore, l'hypothèse d'une stipulation pour autrui apparaît plus conforme à la réalité d'un contrat dans lequel une telle rémunération de la structure de regroupement serait prévue.

Cette hypothèse se trouve encore confortée par d'autres éléments, ce qui nous pousse à y voir la seule formule réellement viable pour rendre compte de la majeure partie des contrats de référencement.

2) La permanence d'un engagement du référencier

362. La constatation selon laquelle les contrats de référencement laissent plutôt apparaître la structure de regroupement comme titulaire des obligations découlant du contrat pose, encore, un autre problème à l'admission du mandat et du courtage simple, qui impliquent une représentation pour rendre compte de cette relation contractuelle.

Comme nous l'avons dit précédemment, cette incompatibilité entre l'intention manifestée par les parties et la solution fonctionnelle retenue d'un mandat, ou d'un courtage, pourrait être combattue si la nécessité de donner vie au contrat le justifiait. Cependant, cela supposerait, d'une part, qu'il n'y ait pas d'autre solution d'interprétation plus conforme à la volonté des parties, ce qui n'est pas le cas en présence de l'hypothèse de la stipulation pour autrui, d'autre part, qu'il n'y ait pas d'incompatibilité à l'utilisation de ces formules du mandat et du courtage. Or, on peut penser que, si la structure de référencement se révèle être le titulaire incontournable des obligations du contrat de référencement, il y a, précisément, incompatibilité. Cette interprétation se trouve confortée par la pratique rapportée par Mme Sélinsky selon laquelle ⁷⁷² *"...un membre adhérent en cours d'exercice perçoit une part de ristourne même si son adhésion est postérieure à la négociation."* Cette pratique manifeste clairement la volonté des contractants du contrat de référencement, au sens strict, que le contenu et le maintien des conditions de vente par les fournisseurs soient subordonnés à la présence dans le regroupement. Cela signifie que, les conditions d'affectation et de bénéfice de l'offre, ou promesse de vente du fournisseur, ne se trouvent pas dans la qualité de mandant ou de donneur d'ordres des distributeurs, qui est attachée temporellement à la date de conclusion du "contrat de référencement," mais la transcendent, au profit d'une qualité de membre du regroupement qui peut fluctuer dans le temps. Mme Sélinsky en avait tiré une conclusion que l'on ne peut qu'approuver : *" C'est donc bien, que le regroupement agit en son nom."* Plus précisément, dans le contexte de notre raisonnement, nous dirons que la contrepartie à la production et au maintien des conditions de vente par les fournisseurs ne peut se trouver dans les obligations pesant sur les distributeurs membres du regroupement au moment de la conclusion du "contrat de référencement", puisqu'elle repose sur une qualité de membre qui est indépendante de cette date. C'est donc qu'elle ne peut, nécessairement, se trouver que dans les obligations pesant sur l'organe de

⁷⁷² Cf. **Mme Sélinsky** PA 8 avril 1986 p 5 <<Le contrat de référencement existe-t-il ?>> Commentaire de l'arrêt Sté Sole France c\ SGCC.

regroupement lui-même et, de fait, elle appartient à l'organe et non à ses membres. Cette constatation, qui conforte la vision de la structure de regroupement comme véritable cocontractant du contrat de référencement, entraîne définitivement, en l'absence de viabilité que nous avons démontrée précédemment de la théorie du double courtage, de faire appel à la notion de stipulation pour autrui pour rendre compte de la plupart de ces contrats complexes. Cette solution s'impose, au détriment de la technique du mandat ou du courtage simple, limités aux cas de référencement fermés.

Cette hypothèse est donc incontournable pour cette catégorie de référencement, et elle ne saurait être écartée. L'opinion soutenue à la suite de ces constatations par Mme Sélinsky et tendant à voir dans l'organisme référenceur un commissionnaire, loin de remettre en cause ce constat, ne fait que le conforter.

B) Une analyse incontournable quelle que soit la qualification du contrat d'intermédiation

363. Lors de l'étude de la stipulation pour autrui, nous avons constaté que cette hypothèse entraînait l'analyse du contrat de référencement en un contrat-cadre d'approvisionnement conclu par l'intermédiaire de la structure d'intégration à l'achat, solution fonctionnelle dont l'identification exacte dépend du mode d'intermédiation lui ayant donné naissance.

A ce titre, et suivant en cela l'opinion de BURST, nous avons estimé que la logique était de concevoir l'origine de ce contrat-cadre dans un contrat d'entreprise.⁷⁷³ Cependant, rien ne s'opposerait non plus à la voir dans un contrat de commission. Nous avons précédemment écarté cette hypothèse d'un référenceur commissionnaire, dans notre recherche d'une différenciation du référencement des autres contrats d'intermédiation, en montrant les caractères sui generis permettant de distinguer cette opération de celle issue d'un contrat de commission.⁷⁷⁴ Il convient de la reprendre, à présent, dans l'hypothèse qui est la nôtre de la recherche d'une alternative fonctionnelle au référencement, dont l'existence a été démontrée.

⁷⁷³ Cf. Supra : n° 191.

⁷⁷⁴ Cf. Supra 1^{ère} partie titre 2 chapitre 1 section 1 : "**§ 2 : Une singularité de l'objet du référencement**".

1) La commission comme hypothèse ultime d'intermédiation

364. Reprendre la question d'une qualification de l'organisme référenceur en commissionnaire peut étonner, compte tenu de ce qui a été dit précédemment des différences existant entre l'opération de référencement et le contrat de commission.

Ces différences reposent sur un constat incontournable : le commissionnaire agit en son nom propre, alors que, dans le cas d'un référencement, s'il négocie bien en son nom propre avec le fournisseur, les contrats d'application sont conclus directement entre les fournisseurs et les distributeurs membres du regroupement. De fait, le référenceur ne fait pas écran durant toute l'opération de référencement entre ses membres et les fournisseurs, et cette opération ne peut, donc, se concevoir comme un contrat de commission. Cependant, une fois l'existence d'une opération de référencement établie, en vertu des critères cumulatifs que nous avons étudiés, celle-ci laisse entière la question de l'analyse fonctionnelle du contrat de référencement proprement dit.⁷⁷⁵ On peut, alors, déterminer librement si le rejet de la qualification en contrat de commission de l'opération intervenue est, pour autant, exclusif d'une qualification du contrat de référencement en contrat-cadre d'approvisionnement passé par l'organisme référenceur, en vertu d'un contrat de commission préalable. Sur cette question, rien ne s'oppose, a priori, à l'instar de ce qui avait été envisagé pour le mandat ou le contrat d'entreprise, que le regroupement référenceur se voit, là encore, confier la mission de souscrire un contrat de référencement mais, cette fois, en tant que commissionnaire. Il agirait donc, en son nom propre, pour le compte de ses adhérents, l'opération pouvant continuer à s'analyser comme : la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement assorti d'une stipulation pour autrui.

365. Les jurisprudences précédemment citées pour distinguer l'opération de référencement d'un contrat de commission, semblent ouvrir la voie à cette analyse.⁷⁷⁶

Nous avons vu que l'unique critère de distinction, relevé entre une opération de référencement et un contrat de référencement, repose sur la faculté, pour les distributeurs membres du regroupement, de s'adresser directement au fournisseur. Mais, de la même façon, si le seul élément excluant la qualification de contrat de

⁷⁷⁵ Cf. Supra : n° 134.

⁷⁷⁶ Cf. Supra : Titre "**§1) L'existence d'un contrat de référencement**" p 174.

commission pour l'opération juridique analysée résulte, d'après les termes mêmes de la Cour de Cassation, du fait que le regroupement n'est "*pas partie aux contrats d'application intervenus en exécution de la convention cadre*",⁷⁷⁷ cela semble impliquer, en retour, que dans la négociation de cette convention cadre, le regroupement pourrait être analysé comme agissant en commissionnaire. La jurisprudence prend alors toute sa valeur. Pour que l'intégralité de l'opération dite de référencement soit qualifiée de contrat de commission, cela nécessite que le regroupement agisse en commissionnaire, aussi bien dans la convention cadre d'approvisionnement que dans les contrats d'application conclus. Il convient de s'attarder, quelque peu, sur ce constat.

2) La stipulation comme critère d'authentification du référencement

366. Il convient de s'attarder, d'abord, sur la possibilité d'une qualification en commissionnaire de la structure de regroupement négociant le contrat-cadre.

Si cette qualification semble induite de la jurisprudence de la Cour de Cassation, elle ne coule pas nécessairement de source. Nous avons, certes, souligné que, de manière générale, la définition donnée par le Code de commerce du commissionnaire semble correspondre à l'activité d'un regroupement à l'achat. Cette constatation selon laquelle l'organisme référenceur agit aux termes de **l'article L 132-1 du Code de commerce "en son propre nom pour le compte d'un commettant"**, se trouve, pourtant, battue en brèche, en ce qui concerne l'opération de référencement, par la jurisprudence relative à la nécessité d'un rapport direct, entre distributeurs membres et fournisseurs, lors de la troisième phase du référencement. Néanmoins, au stade de la deuxième phase du référencement, le regroupement référenceur agit bien en son nom propre pour le compte de ses fournisseurs, sans que ces derniers soient parties à ce contrat. Le regroupement, en l'espèce, pourrait donc, effectivement, agir en commissionnaire. Quelques doutes peuvent cependant subsister sur cette qualification.

367. Ces doutes sont relatifs à la constatation que, même au niveau de ce contrat, les fournisseurs référencés savent pertinemment au profit de qui agit le regroupement.

⁷⁷⁷ *Cour de Cassation Chambre commerciale 23 octobre 1990*. Bulletin 1990 IV N° 257 p. 180 Semaine juridique, Edition entreprise, 1991-10-24, n° 212, note G. HEIDSIECK.

LE REFERENCEMENT

Cette absence d'un écran total entre structure d'intégration à l'achat et ses membres, oblige à s'interroger sur la possibilité de conserver cette qualification. La question se pose, dans ce cas, de la nécessité de qualifier le commissionnaire de mandataire, comme certaines jurisprudences l'ont exigé.⁷⁷⁸ Nous avons déjà abordé cette question, qui s'est posée dans des cas semblables en jurisprudence. Elle a donné lieu à l'affirmation du principe selon lequel : le fait que ses cocontractants aient connaissance que le commissionnaire agit pour le compte de commettant est sans influence sur sa qualification, dans la mesure où il a agi en son propre nom.⁷⁷⁹ La situation est cependant quelque peu différente, ici, puisque les fournisseurs ont, non seulement, connaissance que la structure de regroupement agit pour le compte de ses membres, mais ils ont, également, un lien de droit direct avec les distributeurs bénéficiaires, du fait de la stipulation pour autrui. On peut néanmoins penser, au regard de la jurisprudence précédemment citée, que le contrat restant conclu par le commissionnaire, cette qualification en commissionnaire reste valable.⁷⁸⁰ Parallèlement, on peut estimer que l'existence même de cette stipulation pour autrui est une affirmation, qu'en l'espèce, le regroupement commissionnaire entend bien agir en son propre nom et pour le compte de ses membres.

368. Quoiqu'il en soit, il ressort à nouveau de l'étude de cette hypothèse, la confirmation de la nécessité d'un appel à la notion de stipulation pour autrui pour rendre compte de la majeure partie des référencements.

Cette notion reste nécessaire, ici, bien que le commissionnaire agisse pour le compte de ses membres. En effet, le contrat-cadre étant conclu au nom de l'organisme référenceur, les distributeurs ne pourraient s'en prévaloir pour passer leur commande directement auprès des fournisseurs si n'existait pas cette stipulation. En l'absence de cette dernière, ils continueraient à s'approvisionner par l'intermédiaire du regroupement. Cela ramènerait à la situation d'un simple contrat de commission en marchandise, et non plus à celle d'un référencement. La stipulation pour autrui apparaît donc bien, en l'absence de toute autre solution susceptible de rendre compte des caractères cumulatifs du référencement, comme le régime juridique de droit commun applicable à cette relation contractuelle, quand celle-ci est réputée conclue en son nom propre par la structure de regroupement.

⁷⁷⁸ Voir, sur ces questions : **M.Régis FABRE, Mmes Élodie MASSIN et Léna SERSIRON** << Regroupements à l'achat >> JurisClasseur Contrats – Distribution 2011 Fasc. 1121. Relations juridiques, - organisation des relations. n° 92 et suivants.

⁷⁷⁹ **Cour de Cassation chambre commerciale 7 mai 1962 ; Cour de Cassation, Chambre Commerciale 15 juillet 1963.** Bull. civ. 1963, III, n° 378.

LE REFERENCEMENT

Elle en est l'essence et la seule réalité contractuelle acceptable.

Cette hypothèse, émise en son temps par BURST, se trouve ainsi, une nouvelle fois, confirmée.

780 Voir, dans ce sens, **M.SORIA** <<centrales et groupements d'achat >> Dalloz rep com V 1987 p 3 n° 25.

§2) Le choix d'une solution fonctionnelle compatible

369. Le caractère incontournable de l'analyse juridique de la majeure partie des référencements en stipulation pour autrui étant à présent acquis, le schéma juridique de cette relation correspond, donc, à celui d'une structure de regroupement à l'achat concluant, en son propre nom, un contrat-cadre d'approvisionnement d'un genre particulier.

Particulier, d'une part, en ce qu'il porte sur la production de conditions de vente par les fournisseurs afin de réaliser des ventes futures, d'autre part, en ce que ces obligations sont stipulées au profit de ses adhérents. Plusieurs problèmes se posent dans la recherche d'une solution fonctionnelle au référencement tenant compte de ce schéma juridique. Les premiers problèmes, en raison de la nature de contrat complexe de cette relation, sont relatifs à la prise en compte des situations issues de la première phase de l'opération de référencement. Il s'agit, ici, de la possibilité, pour le contrat d'intermédiation liant la structure de regroupement à ses membres, de prévoir et permettre les conditions de réalisation de la seconde phase : celle du référencement proprement dit. Les seconds sont relatifs à la prise en compte des situations issues de la seconde phase de l'opération de référencement : celle du référencement proprement dit et du contrat de référencement. Il s'agit, ici, du travail de recherche des offres et de pourparlers avec les tiers, comme le définissaient BURST et les auteurs de "Droit de la distribution",⁷⁸¹ mais également, l'action de signature d'un contrat-cadre d'approvisionnement, assorti d'une stipulation pour autrui, et ses implications.

Au regard de ces contraintes, subsistent plusieurs hypothèses possibles (A), parmi lesquelles il est nécessaire de faire un choix (B).

A) Des hypothèses plausibles sans être convaincantes

370. La jurisprudence, initialement, et à présent la loi, estimant comme nous le savons, et à notre avis à juste titre, que l'économie de ce contrat-cadre particulier assortie d'une stipulation pour autrui qu'est le contrat de référencement implique une certaine obligation d'achat, deux solutions subsistent, au regard de nos précédentes analyses, pour rendre compte de la situation

⁷⁸¹ J.M MOUSSERON, BURST, MM. N.CHOLET, Ch.LAVABRE. J.M.LELOUP, A.SEUBE << Droit de la distribution>> LITEC 1975, précité.

juridique ainsi créée dans les rapports entre la structure de référencement et ses membres.

- La première consiste, comme l'avait pensé BURST et comme nous l'avions envisagé nous-même lors de l'étude de cette alternative fonctionnelle, en ce qu'il s'agisse d'un contrat d'entreprise.

- La seconde, comme nous venons d'en émettre l'hypothèse, serait qu'il s'agisse d'un contrat de commission.

1) L'hypothèse d'un contrat d'entreprise

371. L'utilisation de la notion de contrat d'entreprise, qui historiquement a été la première à être proposée, répond globalement, comme nous l'avons vu, aux problèmes de choix du contrat d'intermédiation liant un regroupement à l'achat à ses membres.

Ainsi, la qualification en contrat d'entreprise du contrat d'intermédiation, permet-elle parfaitement la prise en compte de l'aspect "chercheur d'offre" du regroupement, comme de l'action de négociation des conditions de vente, qui sont autant de prestations de services susceptibles de relever de ce type de contrat. En revanche, des difficultés surviennent quand on tente de qualifier le contrat-cadre, assorti d'une stipulation pour autrui, intervenu en vertu de ce contrat d'entreprise entre les fournisseurs référencés et la structure de regroupement. En d'autres termes, cela se complique quand on cherche à rapprocher le contrat de référencement proprement dit d'une formule contractuelle préexistante au motif, notamment, comme l'exprimait Mme André, que : *"La stipulation pour autrui est, en principe, selon l'article 1121 du Code civil, accessoire à une opération principale et celle-ci est le contrat de référencement dont la nature n'est pas pour autant indiquée."*⁷⁸² Faire de nouveau appel, comme nous l'avons envisagé, à la notion de contrat d'entreprise entre la structure de regroupement et les fournisseurs référencés, pourrait représenter une option.⁷⁸³ Cependant, nous venons de le démontrer, la stipulation pour autrui étant le caractère déterminant de ce contrat, tout autre qualification que contrat-cadre assorti d'une stipulation pour autrui apparaît réducteur et complique inutilement l'appréhension du phénomène. Certes,

⁷⁸² **Mme M.E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 212 n° 420.

⁷⁸³ On peut également penser à la notion d'échange de prestations de services avec soulte Cf. n° 193.

l'éventuel avantage de l'appel à un double contrat d'entreprise, réside en ce qu'il autorise une meilleure prise en compte du tissu complexe d'obligations liant distributeurs, référenceur et fournisseurs référencés.⁷⁸⁴ Cependant, son inconvénient majeur et commun avec l'hypothèse initiale du contrat-cadre, est qu'il ne règle pas mieux les problèmes d'une justification économique à ces obligations. Dans la solution d'un contrat d'entreprise entre fournisseurs et référenceur, la contrepartie à la commission de gestion consistant dans l'action de favoriser les offres du fournisseur devrait se comprendre, chaque fois, comme un encouragement à contracter donné aux distributeurs par la structure de regroupement. Il s'agirait, donc, d'une simple obligation de moyen, alors que l'exigence de l'ordre public économique réside en une obligation d'achat, c'est à dire, en une obligation de résultat. Envisager que ce contrat d'entreprise consiste, pour la structure de regroupement, en une obligation de résultat que ses adhérents contractent avec les fournisseurs référencés, poserait deux problèmes :

- D'une part, l'engagement pris par la structure de référencement à l'égard des fournisseurs référencés deviendrait la contrepartie aux avantages par eux consentis, notamment en terme de globalisation. Cet engagement ne fournirait plus, de ce fait, la contrepartie à la commission de gestion perçue.

- D'autre part, cette hypothèse ne tient nullement compte de l'observation souvent formulée, d'une action de l'organe de regroupement à l'achat référenceur dans l'intérêt exclusif de ses membres.

Ce constat pose un vrai problème, dans la mesure où l'hypothèse d'un double contrat d'entreprise ne peut se concevoir que dans le sens de prestations complémentaires et non pas concurrentes entre les deux contrats, sous peine d'un déséquilibre qui affecterait le principe de loyauté commerciale. Ces objections confortent notre affirmation précédente, en ce que tout autre qualification que contrat-cadre assorti d'une stipulation pour autrui apparaît réducteur et complique inutilement l'appréhension du référencement faite par BURST.

2) L'hypothèse d'un contrat de commission

372. Si la viabilité de l'analyse de BURST de l'opération de référencement ne souffre aucune ambiguïté, en tant que stipulation pour autrui en

⁷⁸⁴ Obligations en terme de production et de maintien de conditions de vente en vue de la réalisation d'achats, obligations en terme de favoriser les ventes ou d'exercer les disciplines du regroupement.

vertu d'un contrat d'entreprise, en revanche, la viabilité de notre propre hypothèse de l'analyse de cette même situation en stipulation pour autrui issue d'un contrat de commission peut, nous l'avons vu, se discuter en raison de l'absence d'un écran parfait entre les membres du regroupement à l'achat commettant et les fournisseurs.⁷⁸⁵

Cependant, cette objection n'étant pas réhibitoire, cela justifie que soit, néanmoins, menée l'étude comparative de ces deux alternatives fonctionnelles. En effet, les obligations pesant traditionnellement sur le commissionnaire permettent, comme pour le contrat d'entreprise, de répondre aux prestations que nous avons relevées comme étant caractéristiques du référencement. De fait, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent au commissionnaire, depuis longtemps, des obligations plus étendues que celles d'un mandataire qui ne peut qu'accomplir des actes juridiques. M. Benabent relève ainsi que : "*Le commissionnaire est tenu de traiter l'opération à lui confiée ; il doit donc rechercher les fournisseurs susceptibles de livrer les marchandises qu'il doit acheter.*".⁷⁸⁶ Cette définition du commissionnaire en marchandises interpelle, si l'on se souvient que la qualité de chercheur d'offre a été invoquée comme caractéristique du "référencement".⁷⁸⁷ On peut donc légitimement penser que cette qualification pourrait fournir une alternative possible pour le contrat d'intermédiation, quand le référencement s'analyse en stipulation pour autrui.

373. C'est, une fois de plus, au niveau du contrat de référencement que les difficultés se posent.

Nous connaissons les données du problème : le contrat de référencement doit obligatoirement contenir une obligation d'achat en compensation de la production et du maintien de conditions de vente par les fournisseurs, et cette obligation d'achat ne peut pas, dans cette hypothèse d'une stipulation pour autrui, être souscrite par les distributeurs membres du regroupement à l'achat. Il en résulte nécessairement qu'elle devra, alors, peser sur la structure de regroupement elle-même ou être compensée par une obligation équivalente. Plusieurs problèmes se posent pour admettre le principe de telles obligations en vertu d'un contrat-cadre, dont la conclusion serait, précisément, la mission de la structure de regroupement

⁷⁸⁵ Cf. Supra : n° 366.

⁷⁸⁶ **M. BENABENT** <<Le contrat de commission>> Effets du contrat JCP Contrat distribution 1992 Fascicule 480 p 2 n° 5.

⁷⁸⁷ Cf. **BURST** dans <<Droit de la distribution>> précité p 86 n° 89 "*Il faut surtout préciser les relations entre le groupement auteur du référencement et les grossistes qui en sont destinataires. L'application de la théorie du mandat au référencement se heurte à l'objection majeure que le mandat*

commissionnaire.

- La première hypothèse consiste en ce que la structure de regroupement s'engage, en son nom, à l'obligation d'achat, en contrepartie de la stipulation pour autrui des conditions de vente des fournisseurs.

L'objection que l'on peut faire d'emblée à cette hypothèse, c'est qu'en raison de sa nature de commissionnaire, ce serait en réalité pour le compte de ses membres que cet engagement d'achat serait pris par la structure de regroupement, avec comme contrepartie de permettre la stipulation pour ces mêmes membres des conditions d'achat en résultant. Ce qui amène naturellement à considérer que serait ainsi contournée, par un artifice, l'interdiction de stipuler des obligations pour des tiers puisque, au bout du compte, en vertu du contrat de représentation, c'est bien sur les bénéficiaires de la stipulation pour autrui que pèserait l'obligation d'achat.⁷⁸⁸ Ce même constat selon lequel les bénéficiaires de la promesse de vente des fournisseurs seraient, en définitive, les distributeurs membres du regroupement à l'achat agissant en commettant s'engageant, en retour, à une obligation d'achat par l'intermédiaire de leur commissionnaire, amènerait vraisemblablement le juge, dans cette situation, à requalifier l'opération en simple mandat professionnel.

- La seconde hypothèse consiste en ce que le référenceur commissionnaire s'engage à ce que ses commettants réalisent l'opération d'achat.

Il faudrait alors admettre que la structure de regroupement puisse se porter fort pour les bénéficiaires de la stipulation pour autrui - qui sont également ses commettants - qu'ils réaliseront l'opération d'achat, ou y voir l'expression d'une clause de ducroire particulière, ce que la souplesse de cette convention pourrait permettre.⁷⁸⁹ Cette solution aurait, certes, l'avantage de fournir une explication à l'existence d'une "commission de gestion" qui viendrait rémunérer la prestation de porte-fort ou de ducroire, mais se heurterait aux mêmes objections que l'hypothèse précédente, puisque les engagements pris par la structure de regroupement agissant en commissionnaire devraient être considérés comme l'étant pour ses membres.

ne peut porter que sur l'accomplissement d'actes juridiques et non d'actes matériels, or, le regroupement n'est pas porteur d'offre, mais chercheur d'offre au profit de ses <<mandants>>."

⁷⁸⁸ **Cour de Cassation Civ. 3^o 10 avril 1973** " *La stipulation pour autrui ne saurait faire naître qu'un droit au profit d'un tiers et non mettre à sa charge une obligation stipulée en dehors de lui.*" D 1974 note Larroumet.

⁷⁸⁹ Voir, en ce sens **Michel VIVANT** : Jurisclasseur Contrats Distribution fasc. 955 p 4 n^o 3 " *Ce sont en vérité tous ceux qu'on a pu qualifier 'intermédiaires commerciaux qui ont vocation à se voir reconnaître la qualité de ducroire, tous ceux qui, pouvant amener une affaire à une entreprise peuvent être appelés à garantir la bonne fin de celle-ci.*" Et plus loin n^o 24 " *Ainsi, les centrales d'achat endossent assez fréquemment cette qualité.*"

- Une dernière hypothèse, consisterait à admettre la réalisation d'un deuxième contrat de commission passé, cette fois, entre les fournisseurs et le regroupement. Il s'agirait alors d'un contrat de commission à la vente, complémentaire au contrat de commission à l'achat souscrit par les distributeurs et justifiant la "commission de gestion" pour le référenceur.

Cette possibilité d'existence d'un double contrat de commission a été admise par la doctrine,⁷⁹⁰ cette disposition se distinguant d'une "contrepartie".⁷⁹¹ Cependant, d'une part, cette explication à l'existence d'une commission de gestion laisse entier le problème de l'obligation d'achat et n'apporte rien par rapport aux solutions précédemment envisagées comme aux problèmes qu'elles sous-tendent, d'autre part, elle génère, comme la notion de double contrat d'entreprise, sa propre objection liée au constat d'une action des structures de regroupement à l'achat dans l'intérêt exclusif des distributeurs. En effet, ce constat apparaît incompatible avec un statut de commissionnaire à la vente des fournisseurs, pour des raisons de loyauté commerciale.

B) Les limites d'une approche contractuelle du référencement

374. Nous sommes partis d'une acception large du référencement basée sur son objet, acception que l'on a vue se réduire comme peau de chagrin depuis que nous l'avons confrontée à l'ordre public économique et qu'on en connaît la cause qualifiante.

Pour tenir compte de ces impératifs, nous en sommes progressivement arrivés à écarter les principales hypothèses formulées, pour nous retrouver avec seulement deux solutions fonctionnelles : celles qui se sont révélées comme étant les seules à même de satisfaire aux exigences des éléments que nous avons accumulés depuis le début de cette étude. A ce titre, nous sommes allés jusqu'à exhumer le contrat de commission, que nous avons écarté pour en distinguer le référencement, et à construire son intervention dans une application différente, limitée à l'intermédiation, en vue de la conclusion du contrat-cadre d'approvisionnement. La poursuite jusqu'à son terme de cette démarche sélective laisse, cependant, un

⁷⁹⁰ **ROBLOT** "Traité de Droit Commercial" Tome II p 597 n° 2651.

⁷⁹¹ "La contrepartie consiste dans le fait, pour le commissionnaire, de se porter lui-même cocontractant de son commettant..." **M.Patrick CHAUVET** "Commissionnaire" répertoire commercial DALLOZ Septembre 1999 p 10 n° 112 ; " Il n'y a pas contrepartie, en revanche, si le commissionnaire, chargé par deux commettants d'ordres complémentaires, procède à un marché par application. On reconnaît généralement que cette pratique est valable, puisque le commissionnaire n'a pas d'intérêt personnel à l'opération." idem p 10 n° 113.

sentiment d'insatisfaction intellectuelle.

1) Des hypothèses perfectibles

375. C'est sur le plan économique que se posent de nouveau les difficultés.

Il en est ainsi, notamment, concernant le caractère vraisemblablement discriminatoire du paiement de la commission de gestion. En effet, si le contrat d'entreprise comme le contrat de commission peuvent, l'un et l'autre, rendre compte des obligations pesant sur la structure de regroupement dans le cadre d'un contrat de référencement - obligation de diffuser les offres des fournisseurs, de les favoriser, voire d'exercer les disciplines du regroupement - et si, l'un et l'autre, peuvent parfaitement admettre une situation où les fournisseurs verseraient une rémunération à cette même structure, on a pu constater, néanmoins, que ces contrats ne règlent pas la question de la contrepartie à ces obligations.⁷⁹² Il convient de revenir sur cette question.

- D'abord, on peut estimer que l'obligation de diffusion de l'offre pesant sur la structure de regroupement, traditionnellement présentée comme une contrepartie à cette commission de gestion, se révèle, dans ces deux contrats, dépourvue de cause, car préexistant dans le contrat d'affiliation entre la centrale et ses membres.

- Quant aux autres obligations traditionnellement invoquées comme contrepartie, celles de favoriser les ventes ou d'exercer les disciplines du regroupement, elles apparaissent absorbées, en terme de contrepartie économique, par les avantages consentis dans les conditions de vente de la part des fournisseurs.

En effet, la contrepartie exigée à la globalisation des ristournes étant une obligation d'achat, son admission, dans le cadre d'une stipulation pour autrui, reposera nécessairement sur les obligations du stipulant, en l'occurrence, la structure de regroupement. La seule possibilité d'admission de la commission de gestion repose, alors, sur l'hypothèse que nous avons très tôt envisagée d'une requalification de cet avantage en une rémunération des membres du regroupement, prélevée par convention sur les fournisseurs. Solution qui présente l'inconvénient de reporter le problème de discrimination sur l'ensemble des avantages consentis par les

⁷⁹² Cf. Supra n° 372 et suivants.

fournisseurs au regroupement à l'achat. A ces considérations, s'ajoute le problème de la possibilité, pour la structure de groupement, d'apporter valablement une contrepartie aux avantages globalisés consentis. On fait, ici, référence à l'existence dans le contrat d'affiliation ou de groupement d'une possibilité effective d'action du référencier sur ses membres, qui puisse transformer son engagement de favoriser les offres des fournisseurs ou d'exercer les disciplines du regroupement, en une obligation de résultat susceptible de compenser l'engagement des distributeurs. Nous avons admis l'idée qu'une intégration à l'achat suppose, d'une manière ou d'une autre, un certain engagement d'achat du distributeur adhérent envers l'organe d'intégration. En cas d'absence matérielle d'une clause semblable dans ces contrats d'affiliation ou de groupement se poserait, alors, la question d'une possibilité d'appel à "l'économie du contrat" pour justifier sa reconnaissance en l'espèce, sous peine d'annulation. On pourrait discerner une telle interprétation dans une récente décision du **Tribunal de Commerce d'Orléans du 11 décembre 2009**. En l'absence de tout engagement des distributeurs adhérents d'une centrale envers les fournisseurs référencés, les juges ont estimé que celui qu'ils avaient pris, à l'égard de leur structure de regroupement, de s'approvisionner à hauteur de 80% chez les fournisseurs qu'elle avait référencé, pouvait s'assimiler à un engagement écrit sur un volume d'achat au regard de **l'article L. 442-6, I, 3° du Code de commerce**.⁷⁹³ Cependant, d'une part, il n'est pas certain que cette interprétation extensive de ce type de contrat et de l'article susvisé fasse jurisprudence, de surcroît, si cette interprétation ouvrait une possibilité réelle pour la structure de référencement d'obliger ses adhérents à contracter, transformant effectivement son engagement à l'égard des fournisseurs d'exercer les disciplines du regroupement en une obligation de résultat, elle priverait les distributeurs membres de toute autonomie quant à la commande et au choix du fournisseur. Or, cette situation ne correspond pas à la description du référencement. Si l'on rajoute à ce problème de la justification conjointe d'une commission de gestion et des conditions de vente consenties, ceux précédemment relevés propres aux limites d'interprétation des contrats d'entreprise et de commission,⁷⁹⁴ on doit conclure que ces difficultés, dans l'admission de ces hypothèses, jettent une ombre sur la faculté d'aboutir à une solution contractuelle satisfaisante pour rendre compte du référencement.

⁷⁹³ **Tribunal de Commerce d'Orléans, 11 décembre 2009**. Rapport CEPC 2009-2010, p. 255.

⁷⁹⁴ Cf. supra n° 371.

2) Une solution peu satisfaisante

376. Malgré les problèmes que nous avons pu souligner, ces alternatives fonctionnelles apparaissent, pourtant, comme les plus aptes à rendre compte de cette relation contractuelle.

Elles sont, en effet, les seules - après qu'il a fallu écarter la solution envisagée par Mme M.E André d'un double courtage - à prendre valablement en considération la volonté affichée des parties, consistant à voir, dans les obligations pesant sur la structure de regroupement, la contrepartie à celles pesant sur les fournisseurs. Cependant, contrairement à l'hypothèse de Mme M.E André, rendue caduque déjà par la nécessité d'une contrepartie obligatoire à la globalisation des avantages,⁷⁹⁵ l'application du droit public économique n'entraîne pas nécessairement l'incompatibilité de ces alternatives fonctionnelles, mais leur nécessaire adaptation à ses principes. Il impose ainsi, sous peine de nullité, que la commission de gestion soit analysée comme une rémunération du regroupement au référenceur, versée par convention par les fournisseurs et, de ce fait, entrant dans l'ensemble des avantages, par eux consentis. Il impose, également que soit prévu par convention, ou déduit de l'économie du contrat, un engagement d'achat des membres d'un regroupement au profit du référenceur. A ce stade de notre réflexion, se trouve donc posée la question du choix entre ces deux alternatives fonctionnelles comme régime juridique du référencement. Le choix entre le contrat d'entreprise et le contrat de commission, en tant que contrat d'intermédiation à l'origine de la conclusion du contrat de référencement, n'est pas évident, l'un et l'autre pouvant également rendre compte de la situation. A notre sens, à ce stade de la réflexion il convient de se baser sur la finalité respective de ces deux contrats. La finalité du contrat de commission réside dans l'accomplissement d'une mission commerciale au profit de ses membres, celui-ci, malgré les incertitudes soulevées quant à son applicabilité, apparaît plus approprié que le contrat d'entreprise qui vise, à l'origine, l'accomplissement d'actes matériels. Il y a un aspect "commercial" dans le contrat d'affiliation ou de groupement, qui sied mieux au contrat de commission. L'aboutissement d'une analyse contractuelle poussée du phénomène de référencement consiste, donc, en ce que nous avons justement qualifié en titre de "choix par défaut". Ce contrat reste la meilleure solution envisageable en procédant par élimination mais reste, également, une solution peu satisfaisante et nécessitant une interprétation extensive de la volonté des parties pour en assurer la validité. Cette insatisfaction nous conduit donc, naturellement, à nous interroger sur

LE REFERENCEMENT

l'existence d'une approche plus à même de rendre compte de la complexité de cette relation.

⁷⁹⁵ Cf. Supra : Titre **"2) Un manque d'adaptation rédhibitoire"** p 362.

Conclusion du chapitre 1

377. Ce chapitre s'est révélé essentiel dans notre approche du phénomène du référencement, dans la mesure où il a introduit, en plus de son objet qui le caractérise comme contrat sui generis, un autre élément fondamental de reconnaissance par rapport aux autres contrats : une cause déterminante de cette relation contractuelle, qui conditionne son existence, et par voie de conséquence, son régime juridique.

Cet appel à la cause n'était pas fortuit. Il sanctionne l'aboutissement d'un raisonnement juridique visant à expliquer le fonctionnement du référencement, raisonnement qui conduit au constat que celui-ci subit de profondes variations selon les obligations qu'il prévoit, au point de pouvoir être assimilé à des contrats d'intermédiations fondamentalement différents. Cet impact des obligations nées du référencement impliquait, naturellement, de s'interroger sur l'existence d'une certaine hiérarchie entre-elles, et en présence concurrentes et contradictoires, à se demander laquelle faire prévaloir. Recherche qui, indépendamment de la volonté des parties, pouvait reposer sur des données objectives ; l'obligation devant prévaloir étant, logiquement, celle se révélant indispensable au contrat. Ce raisonnement a donc, nécessairement, abouti à la détermination d'une cause au référencement. Cause qui s'est révélée être la globalisation des avantages. Il convenait, alors, d'en tirer les conséquences quant au choix de l'analyse fonctionnelle la plus adaptée. Parallèlement, la particularité de l'opération de référencement étant d'être tripartite, on se devait également d'intégrer dans notre raisonnement, en plus de la cause du référencement proprement dit, celle du contrat d'intermédiation. En effet, l'organe d'intégration est un élément indispensable de cette relation. Cette cause étant le paiement d'une commission de gestion, sa justification s'est, alors, rajoutée comme contrainte à l'analyse du contrat, en plus de la justification à la globalisation des avantages. Ces contraintes ont amené à restreindre les hypothèses envisageables, progressivement, d'abord à trois, puis à deux : celle d'un mandat et d'une stipulation pour autrui. Finalement, cette dernière est apparue comme étant la plus à même de tenir compte de tous les paramètres de fonctionnement que nous avons, progressivement, relevés. Restait encore à replacer cette solution, pour le contrat de référencement, dans le contexte de l'opération de référencement dans laquelle il s'insère. A ce stade, deux solutions sont apparues : celle d'une stipulation en vertu d'un contrat d'entreprise, et celle d'une stipulation en vertu d'un contrat de commission ; solution qui a eu notre préférence, sans pour autant emporter notre adhésion.

Cette conclusion par défaut, peu satisfaisante intellectuellement, nous conduit à

LE REFERENCEMENT

nous interroger sur la possibilité d'une démarche alternative à une simple analyse contractuelle du référencement.

Chapitre II : La nécessité d'une approche analytique nouvelle du référencement.

Introduction :

378. Après avoir étudié toutes les alternatives fonctionnelles envisageables pour rendre compte du référencement, on se retrouve devant la nécessité de dresser le constat de l'incapacité à trouver une combinaison contractuelle totalement adaptée aux multiples obligations nées de cette relation sui generis, sauf à déclarer une partie d'entre-elles contraires à l'ordre public économique.

De notre étude sont néanmoins apparues quelques clefs fondamentales qui conditionnent son analyse.

- L'existence des trois acteurs distincts : les fournisseurs référencés, les distributeurs membres du regroupement et la structure de regroupement référenceur.

- L'existence de trois phases distinctes : la mise en œuvre contractuelle ou structurelle d'une intégration à l'achat par le biais d'un contrat d'affiliation ou de groupement, le référencement proprement dit et les contrats d'achat/vente qui en découlent.

- L'existence d'un objet propre à la relation contractuelle de référencement : la négociation, par l'organisme de référencement, de conditions de vente auprès des fournisseurs dont ses membres puissent directement se prévaloir. Objet qui permet d'affirmer son caractère sui generis.

- L'existence d'une cause spécifique : la globalisation des avantages, qui conditionne sa validité.

- L'existence de contraintes imposées par l'ordre public économique : une obligation de résultat en matière d'achat pour compenser la globalisation des avantages et un service réel, rendu aux fournisseurs, pour justifier le versement d'une commission de gestion à la structure de regroupement.

379. En cherchant à tirer les conséquences de ces éléments fondamentaux, et en procédant par élimination, nous avons avancé quelque peu dans la connaissance du référencement.

LE REFERENCEMENT

Nous avons ainsi pu écarter, en le motivant, un certain nombre d'hypothèses contractuelles envisagées, au profit des seuls mécanismes juridiquement acceptables compte tenu des éléments et des contraintes que nous venons de rappeler.

- Certaines des alternatives fonctionnelles étudiées ne peuvent rendre compte que de situations marginales de référencement : c'est le cas de l'analyse en contrat unilatéral ou en double courtage.

- D'autres seraient utilisables mais au prix, le plus souvent, d'une interprétation extensive de la volonté des parties, voire d'un renoncement face aux impératifs de l'ordre public économique : c'est le cas de l'alternative fonctionnelle du courtage simple ou du mandat.

- D'autres enfin, telle la stipulation pour autrui suite à un contrat d'entreprise ou de commission, correspondraient mieux à la volonté exprimée généralement dans les contrats de référencement d'une structure de regroupement comme véritable partie au contrat, mais ces dernière alternatives posent, également, le problème d'une justification à la commission de gestion.

Le résultat auquel nous sommes parvenus par cette méthode ne peut donc représenter, comme nous l'avons précédemment écrit, qu'un choix par défaut. Face à ce constat, il n'est que deux alternatives : se satisfaire de la moins mauvaise solution ou envisager autre chose. La raison d'être de notre exercice commande, bien entendu, la seconde. Notre thèse repose sur l'idée que, dans l'étude du référencement telle qu'elle a été envisagée jusqu'à présent, a été oublié un paramètre fondamental qui en fausse l'analyse. Si l'on revient à l'origine de cette pratique commerciale, elle apparaît comme la manifestation contractuelle d'une volonté de regroupement de distributeurs, désireux de mettre en commun leur puissance d'achat afin d'être traités comme un seul acheteur et bénéficiaire, ainsi, de barèmes d'avantages auxquels ils n'auraient pu prétendre individuellement. Or, c'est précisément cette volonté délibérée de mise en commun d'un potentiel afin d'en tirer avantage qui n'a pas, à notre sens, été suffisamment prise en compte. Cette démarche ne nous apparaît ni neutre, ni anodine, sur un plan juridique ; car on ne peut faire l'impasse intellectuelle d'un rapprochement de la situation avec un processus sociétaire.

C'est cette hypothèse de travail que nous nous proposons d'approfondir, en distinguant la question de la nature sociétaire du regroupement à l'achat (Section 1), de ses implications (Section 2).

Section I : La reconnaissance d'une identité sociétaire au mouvement d'intégration à l'achat

Introduction :

380. Comme nous l'avons vu dans l'introduction de cette étude, le caractère sociétaire n'est pas une donnée marginale du phénomène d'intégration à l'achat, une part non négligeable des regroupements fonctionne déjà sur ce principe.

Ces "groupements d'achat" prennent toutes les formes sociétaires, normales ou spécifiques, telles que la forme coopérative. L'objet de la recherche à venir porte donc, spécifiquement, sur les regroupements ne fonctionnant pas sous une forme sociale. Ceux pour lesquels n'existe, a priori, qu'un lien de droit : celui unissant les adhérents à la structure de référencement, à l'exclusion de tout lien entre eux. Il s'agit, au sens propre, des centrales d'achat. Si notre section s'intitule : "*la reconnaissance de l'identité sociétaire des regroupements à l'achat*", c'est qu'elle a pour ambition de démontrer que cette distinction "groupement d'achat" et "centrales", n'est que formelle et ne recouvre pas la réalité de la nature juridique de ces entités qui est, intrinsèquement, sociale. A ce titre, notre perception du phénomène s'inscrit dans une mouvance pragmatique du droit, consistant à considérer la situation juridique dans une vision d'ensemble tenant compte de son contexte et de ses effets pour son identification, comme a pu le faire récemment la Cour de Cassation pour reconnaître à un "groupement momentané d'entreprises" la qualification de société en participation.⁷⁹⁶ Notre démarche, cependant, ne consiste pas à stigmatiser les ressemblances des situations étudiées, mais bien à mener une étude approfondie du fonctionnement des centrales d'achat par rapport aux critères fondamentaux du droit des sociétés. Cette étude comporte deux volets naturels qu'il convient d'aborder successivement : celui de la nature sociétaire du regroupement des distributeurs, démonstration que nous proposons de faire dans notre (§1), et celui de la participation sociétaire à ce regroupement de la structure de référencement, que nous aborderons dans notre (§2).

⁷⁹⁶ Cf. Revue des sociétés 2002 p 316 commentaires M.Jean-Jacques DAIGRE.

§1) Un processus commercial intrinsèquement social

381. Si la question de la qualification en société de fait d'un regroupement à l'achat peut se poser, encore faut-il, pour que ce caractère sociétaire soit reconnu et emporte les conséquences que nous essaierons plus tard d'analyser, que les éléments fondamentaux d'une société existent, en l'espèce.

Ces éléments sont déduits de l'**article 1832 du Code civil**, qui fait état d'une volonté de s'associer, d'apports, d'une recherche de bénéfices ou d'économies, et d'une contribution aux pertes. Certaines de ces exigences apparaissent avec évidence dans la situation d'un regroupement à l'achat, d'autres moins clairement. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne soient pas présentes, comme nous essayerons de le démontrer. Pour mener à bien cette étude, nous vérifierons, d'abord, l'existence en l'espèce des critères issus de l'**article 1832 du Code civil** qui caractérisent la volonté de constituer une entreprise commune (A). Nous vérifierons, ensuite, ceux de ces critères qui caractérisent les investissements nécessaires à l'existence de cette entreprise commune (B).

A) Une évidente volonté de constitution d'une entreprise commune

382. On peut distinguer deux aspects dans les exigences de l'article **1832 du Code civil** : l'un intellectuel, relatif à l'opération projetée, l'autre matériel, relatif aux moyens mis en œuvre.

A ce titre, si l'exigence d'apport et la participation aux pertes relèvent de toute évidence de cette définition, en ce qui concerne ses exigences matérielles, l'objectif exigé d'une recherche de bénéfice ou d'une économie constitue l'aspect intellectuel de cette reconnaissance de l'existence d'une société, de la même façon que l'affectio societatis.

1) Le constat d'une association en vue d'économies

383. De toute évidence, il apparaît que l'objet des regroupements à l'achat recouvre l'une des exigences de l'**article 1832 du Code civil** ; ce premier élément caractéristique d'une volonté de constituer une entreprise commune est : la recherche d'une économie.

Il n'est en effet pas contestable que le fondement même de tels regroupements, que stigmatise l'action de l'organisme référenceur, repose sur la recherche des meilleures conditions de vente possibles, c'est-à-dire sur une économie à l'achat. L'aboutissement de cette recherche est stigmatisé, dans les contrats de référencement, par les avantages accordés par les fournisseurs. Certaines de ces pratiques que sont l'uniformisation et la globalisation dépassent, cependant, l'affirmation de ce seul critère d'une recherche d'économie. Elles contiennent, en germe, la démonstration d'une autre exigence fondamentale de l'existence d'une société qui est : la volonté de s'associer ou *affectio societatis*. L'existence de ce deuxième critère distinctif peut en effet, comme précédemment, se déduire du contenu même du référencement. De fait, s'il y a uniformisation et globalisation des avantages, c'est que préexiste une volonté affirmée de mise en commun des potentiels d'achat permettant d'exiger ces avantages. On peut donc dire que ces pratiques sont le reflet de la volonté des distributeurs de regrouper leur potentiel d'achat pour augmenter leur force de négociation, situation qui semble refléter, a priori, une volonté de s'associer. Cependant, comme le souligne M. MERLE, en matière d'*affectio societatis* "*on ne saurait se contenter d'une vague volonté d'association*".⁷⁹⁷ Et les exemples foisonnent, de collaborations ou groupements momentanés d'entreprises à qui la qualité de société de fait n'a pas été reconnue, au regard de ce critère.⁷⁹⁸ L'existence effective d'un *affectio societatis* dans le cadre d'une opération de référencement suppose, donc, une analyse plus approfondie.

384. Il convient, alors, de revenir à la définition que donne M. MERLE de cet élément fondamental de reconnaissance d'une société.

⁷⁹⁷ M. MERLE <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 799 n° 725.

⁷⁹⁸ *Cour de Cassation, Ch. Chambre Commerciale. 24 octobre 1966* (2 arrêts) JCP 1967, II, 15099, Conclusion Gegout ; *Cour d'Appel de Colmar 17 avril 1974* JCP 1974, II, 17832 note Burst ; *Cour d'Appel de Paris 26 avril 1979*, JCP 1980,II, 19282 ; *Cour d'Appel de Besançon 18 mai 1994*, revue des sociétés 1995, p 112 ; *Cour d'Appel de Versailles, 4 mars 1999*, commentaires MM.Claude Champaud et Didier Danet ; *Cour d'Appel de Paris 25e ch. B, 21 juill. 2002*, Richarme S. c/ Mascart D. alias D. M. Consultant, commentaires MM.Claude Champaud et Didier Danet RTD Com. 2002 p. 678.

M. MERLE, définit l'affectio societatis comme étant : " ... *une notion multiforme dont le plus petit commun dénominateur englobe la volonté des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune. Cette volonté commune devant exister non seulement au moment de la création de la société, mais aussi se prolonger pendant toute la vie sociale.*"⁷⁹⁹ Cette notion multiforme, comme le souligne outre M.MERLE, notamment M. GUYON,⁸⁰⁰ saurait-elle trouver application à notre espèce ? On peut d'abord estimer qu'une opération de référencement, en ce qu'elle recouvre la mise en commun par les distributeurs de leur potentiel d'achat, souscrit globalement à la description "*d'une volonté des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune*". Notamment si l'on tient compte, comme le souligne M.GUYON, que "*La volonté de collaborer est plus tenue dans les sociétés qui cherchent seulement à profiter d'une économie que celles qui poursuivent le partage des bénéfices*".⁸⁰¹ Quant au critère lié à la continuité de l'affectio societatis, auquel fait référence M. MERLE quand il parle de : "*volonté commune devant exister non seulement au moment de la création de la société, mais aussi se prolonger pendant toute la vie sociale*", on peut remarquer que la pratique commerciale du référencement témoigne d'une négociation quasi-permanente entre les forces d'achat et les fournisseurs. En ce sens, on peut soutenir qu'une collaboration axée sur la mise en commun d'un potentiel d'achat, dépasse la réalisation d'un acte fondateur et fédératif limité dans le temps, pour recouvrir toute la durée du référencement et donc, par hypothèse, la durée de la vie sociale. La Cour de Cassation a précisé que cette appréciation de l'affectio societatis peut, et doit se faire, en se basant sur des éléments postérieurs à la négociation du contrat.⁸⁰² On peut, alors, estimer que la possibilité d'expulsion, en cours de référencement, de certains membres ne remplissant pas leurs obligations ou contrariant la politique du regroupement, semble attester de la nécessité, en l'espèce, d'un affectio societatis se prolongeant toute la durée de la campagne de référencement, et donc, parallèlement, de son existence.⁸⁰³

⁷⁹⁹ M. MERLE <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 799 n° 725.

⁸⁰⁰ M. Yves GUYON : <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 126 n° 125.

⁸⁰¹ M. Yves GUYON <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 126 n° 125.

⁸⁰² Cf. Mme Françoise BENAC-SCHIMDT <<La preuve de l'existence ou de l'inexistence d'une société en participation>> Commentaires sous **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 12 octobre 1993**, Chibi c/ Société Paix Vendôme. Dalloz Revue des sociétés 1994 p. 283.

⁸⁰³ Voir, dans ce sens : **Cour de Cassation. Chambre commerciale 17 juillet 2001** BOULIAC distribution contre SCASO pour l'expulsion par une centrale d'achat du groupe Leclerc d'un de ses membres, motivée par l'indépendance manifestée par cette société en excluant elle-même, précédemment, les représentants du groupe Leclerc de son conseil d'administration. (Arrêt inédit, disponible sur Internet sur le site www.legifrance.gouv.fr).

2) La réalité de l'affectio societatis

385. Néanmoins, certaines questions quant à l'applicabilité de la notion d'affectio societatis aux regroupements à l'achat, subsistent.

- Il en est ainsi, d'abord, de la nécessité d'éviter tout lien de subordination ; nécessité à laquelle fait référence M.MERLE, en parlant de collaboration sur un pied d'égalité.

Sur ce point, nous avons eu l'occasion, dans notre introduction, de faire référence à certains regroupements par essence inégalitaires, qui pourraient remettre en question l'existence de cet affectio societatis, s'il était prouvé que leurs composantes les plus importantes aient exercé une action déterminante sur la participation d'autres composantes plus faibles.⁸⁰⁴ On peut cependant estimer que, dans la plupart des cas, cette participation est volontaire et justifiée par l'économie recherchée.

- Reste encore à envisager la question annexe, souvent évoquée pour distinguer une société : celle d'une participation concrète à la gestion de l'entreprise.

On le sait, cette question permet, notamment, de mesurer le caractère sociétaire ou non de l'intervention d'un créancier dans la vie sociale.⁸⁰⁵ Il faut, à ce sujet, faire preuve également de mesure. Comme le souligne de nouveau M.GUYON : "*Dans la plupart des sociétés, sauf peut-être les sociétés en nom collectif, la participation n'est ni active, ni égalitaire. Certains associés se comportent comme les maîtres de l'affaire, les autres n'ont ni les moyens ni même souvent l'intention de s'immiscer dans la gestion voire seulement de la contrôler.*".⁸⁰⁶ Dans un même ordre d'idée M.MERLE lui-même rappelle que : "*l'affectio societatis souvent très fort chez les associés de sociétés de petite taille, est inexistant chez l'immense majorité des actionnaires des sociétés cotées en bourse.*".⁸⁰⁷ Enfin, s'agissant précisément d'une étude sur la société de fait, MM. CHAMPAUD et DANET en concluent : "*Certes, le critère de l'égalité peut être pertinent dans un certain nombre d'espèces,*

⁸⁰⁴ Cf. Supra : p 20.

⁸⁰⁵ Cf. **Cour de Cassation, Chambre Commerciale 12 octobre 1993, Chibi c/ Société Paix Vendôme**, précité. Commentaires **Mme Françoise BENAC-SCHIMDT**, Dalloz Revue des sociétés 1994 p. 283.

⁸⁰⁶ **M. Yves GUYON** <<Droit des affaires>>12^{ème} édition tome 1 p 124 n° 124.

⁸⁰⁷ **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 76 n° 57.

notamment pour identifier des sociétés factices, dissimulant des contrats de travail pour mieux échapper au poids des obligations fiscales et sociales (Soc. 17 avr. 1991, cette Revue, n° 1, 1991 et nos obs.). Il est cependant impossible de faire de cette égalité des associés le critère universel de l'affectio societatis. La doctrine a révélé depuis longtemps l'intensité variable de cette volonté sociétaire qui fait de certains associés les véritables maîtres de l'affaire (associés contrôleurs) et des autres de simples bailleurs de fonds (Cl. Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962).".⁸⁰⁸ Au regard de ces appréciations, et hormis l'hypothèse précédente, on peut estimer que la seule existence d'un regroupement inégalitaire ayant à sa tête une entité dominante exerçant, de fait, la direction des opérations de référencement, ne saurait suffire à remettre en cause la qualification du lien unissant ses membres comme étant sociétaires. Encore faudrait-il qu'ils gardent un minimum de contrôle sur l'activité de la structure.⁸⁰⁹ Sur ce point, compte tenu de l'objet de la société, qui serait de pourvoir à l'approvisionnement de ses membres, on peut penser le libre choix de l'opportunité de leur commande, caractéristique du référencement, comme étant suffisant pour caractériser ce contrôle minimum.

En conclusion, il convient donc d'estimer qu'il n'y a pas de raisons objectives pour refuser, à un regroupement de distributeurs, la reconnaissance d'un affectio societatis unissant ses membres.

B) Une nécessaire existence d'investissements sociétaires

386. S'il a pu être démontré, à travers la recherche d'une économie et de l'affectio societatis, la volonté des regroupements à l'achat de constituer une entreprise commune, encore faut-il, pour que l'existence d'une société soit effectivement reconnue entre ces entreprises, que les investissements qu'elle implique, prévus par l'**article 1832 du Code civil** le soient également.

Nous faisons référence à la présence d'apports et la contribution aux pertes. Il s'agit là de l'aspect matériel de la définition, communément utilisé également dans les problèmes de reconnaissance de fait d'une situation sociétaire.

⁸⁰⁸ **MM.Claude CHAMPAUD et Didier DANET**, commentaires sur **Cour d'Appel de Paris, 3e Ch. 12 nov. 1991**, Guerrault c/ Sté Codhor et autres, RTD Com. 1992 p. 812.

⁸⁰⁹ Cf. **MM.Claude CHAMPAUD et Didier DANET**, même référence "*...Toute coopération implique dès lors un contrôle réciproque des comportements. Ce contrôle est presque toujours inégalitaire en raison d'asymétries naturelles, chacun ne prenant pas la même part à l'oeuvre commune et institutionnelles, chacun ne détenant pas la même proportion du capital social.*".

1) L'exigence d'apports

387. L'exigence d'apports est un élément fondamental de la reconnaissance d'une société.

On doit d'abord noter que rien ne s'oppose, dans le fonctionnement d'un regroupement à l'achat, à la reconnaissance d'apports. Il est parfaitement possible d'imaginer que telle ou telle opération de référencement particulière puisse entraîner, de la part de ses membres, des apports de tous types. Il en sera ainsi, par exemple, si cette opération nécessite une infrastructure matérielle ou humaine importante, en raison de la qualité des produits concernés, impliquant de la part des membres du regroupement une mise de fonds en numéraire ou en nature. On peut également envisager que, dans le domaine de la distribution de produits de haute technicité, certains techniciens ou ingénieurs soient envoyés comme conseillers auprès de la structure de regroupement ou, plus simplement, que des commerciaux représentent leurs distributeurs et apportent une certaine assistance pendant la négociation avec les fournisseurs. Pratiques qui constitueraient autant d'apports en jouissance. De nombreux exemples de cette sorte pourraient certainement être trouvés dans la réalité commerciale, pour peu que l'on s'attache à les répertorier. Cependant, ils ne représenteront que des situations particulières et ponctuelles, insuffisantes pour en tirer une conclusion sur la nature, sociale ou non, des intégrations à l'achat dans leur ensemble, qui est notre propos actuel. Pourtant, quel que soit le référencement en cause, il est possible de trouver l'existence d'un minimum d'apport, plus petit dénominateur commun du fonctionnement de telles entités.

- Il en est ainsi, par exemple, de l'exigence d'une uniformisation des avantages obtenus individuellement par chacun des membres du regroupement.

Cette exigence, dont on a vu qu'elle était une constante des intégrations à l'achat, suppose, nécessairement, la révélation du fichier fournisseur des adhérents et la mise à disposition du résultat de leurs précédentes négociations, qui constituent autant de meubles incorporels du patrimoine de l'entreprise qui s'en sépare, et autant d'apports en nature pour l'entreprise collective à laquelle ils sont cédés.

- Il en est ainsi, surtout, de l'apport de son potentiel d'achat que chacun des adhérents fait, nécessairement, au regroupement.

C'est ce que nous considérons comme l'un des points cruciaux de cette hypothèse d'une qualification d'un regroupement à l'achat en société. Ce potentiel d'achat, qui constituera un apport en nature, quoiqu'on puisse également estimer qu'il s'agisse

d'un apport en industrie, représente à notre sens un investissement incontestable, dont l'affectation à l'entreprise commune d'approvisionnement en conditionne la réussite, et plus simplement, le fonctionnement.

388. On peut, bien entendu, discuter la justesse de cette hypothèse.

Notre premier argument, dans le sens de la reconnaissance du potentiel d'achat des membres du regroupement comme apport tient, simplement, dans son caractère indispensable au regroupement à l'achat.⁸¹⁰ Si l'objet de la centrale d'achat, et/ou du contrat qui lie cette structure à ses membres, consiste à faire valoir leur potentiel d'achat regroupé afin, notamment, d'obtenir des avantages globalisés, cela suppose qu'elle puisse effectivement s'en prévaloir et que ce ne soit pas une notion abstraite, mais bien une réalité juridique et commerciale. A défaut, la crédibilité d'un tel organisme vis à vis des fournisseurs serait nulle et son action tout autant. Cela suppose donc que, dans les accords qui la lient avec chacun de ses membres, une certaine obligation d'achat par son intermédiaire soit prévue. Cette conclusion logique, emporte comme conséquence de nécessiter la transmission, à cette structure de référencement, d'un droit à se prévaloir de cette obligation d'achat ; avantage dont elle usera auprès des fournisseurs dans l'intérêt commun de ses adhérents. Cette nature et cette finalité ont pour effet, à notre sens, de conférer le caractère d'apport à cette obligation. Il convient, néanmoins, de s'interroger sur la réalité patrimoniale de cet apport. Sur ce point, même si, à notre connaissance, le caractère patrimonial d'un potentiel d'achat n'a pas été reconnu sous cette forme, des indices laissent à penser, en établissant des parallèles avec des situations similaires, que le caractère de bien meuble incorporel puisse, finalement, lui être attribué et lui permettre de remplir ce rôle. Ainsi, le droit positif a accepté depuis longtemps la patrimonialité de la clientèle comme élément du fonds de commerce, ce qui n'est autre dans son essence, qu'une forme de potentiel d'achat. De la même façon, ce même droit positif a reconnu, plus récemment, la faculté de cession d'un fichier client, ce qui équivaut également à la négociation d'un potentiel d'achat. On peut donc raisonnablement affirmer, que le caractère patrimonial du besoin potentiel en approvisionnement d'une entreprise ne devrait faire guère de doute, quand celui-ci vient s'ajouter à d'autres pour constituer une force de négociation à l'égard d'un fournisseur.⁸¹¹

⁸¹⁰ Voir en ce sens **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 27 n° 39 et suivants.

⁸¹¹ On peut évoquer, dans ce sens, une décision intéressante qui, par delà sa question principale qui était la reconnaissance de la continuation de fait d'une relation de référencement appréciée en courtage, pourrait également s'analyser comme la reconnaissance de la valeur patrimoniale des affiliations d'une centrale d'achat, dans laquelle un fournisseur ne peut puiser sans payer les droits d'intermédiation afférents. **Cour de Cassation Chambre Commerciale 17 mars 2004**, précité n° 01-10.103 D. 2004.

2) La contribution aux pertes

389. La dernière exigence de l'**article 1832 du Code civil** concerne la contribution aux pertes.

Cette contribution n'apparaît pas facile à démontrer. On doit cependant rappeler, en préambule, que c'est souvent le cas dans le cadre de la recherche de l'existence de facto d'une société, ce qui en fait un critère de choix pour gouverner la reconnaissance du caractère social d'un regroupement à l'achat. Néanmoins, on peut penser que son absence formelle ou historique dans la vie du regroupement n'est pas nécessairement rédhibitoire. D'abord, on doit remarquer que, sous réserve que les autres éléments soient reconnus, la jurisprudence et la doctrine sont partagées, indépendamment de la théorie de l'apparence, pour estimer que la présence de ce dernier élément puisse être présumée.⁸¹² Nous serions, à titre personnel, assez favorable à cette présomption. Ensuite, même si l'on fait abstraction de cette discussion, on peut estimer qu'il n'est pas impossible de trouver dans le fonctionnement courant d'un regroupement à l'achat une forme de contribution aux pertes. Plusieurs hypothèses sont envisageables.

- Il faut, tout d'abord, distinguer le cas de figure dans lequel existerait une rémunération de la structure de regroupement par ses membres.

Hormis certains référencements nécessitant des infrastructures particulières, la rémunération de l'intermédiaire représente la seule charge incompressible pouvant peser sur un regroupement à l'achat, et la quote-part de chacun de ses membres dans cette rémunération peut être assimilée à une cotisation aux fins de fonctionnement de la société qu'ils constituent. Cette société s'assimilerait, donc, à une "société de moyens", ce qui est un mode de fonctionnement d'une société

AJ. 1233, obs. Chevrier ; JCP E 2004, no 22, p. 838; Contrats-Concurrence-Consommation. 2004, n° 91, obs. Leveneur; Cah. dr. entr. 2004, no 3, p. 38, obs. Mainguy ; RJDA 2004, no 1054; RLC 2005, no 2, p. 43, obs. Behar-Touchais.

⁸¹² Voir dans ce sens : **MM. Claude CHAMPAUD et Didier DANET** observations sous **Cour d'Appel de Paris 25e ch. B, 21 juill. 2002**, Richarme S. c/ Mascart D. alias D. M. Consultant, RTD Com. 2002 p. 678 : " Si l'on considère que le partage des pertes n'est que le prolongement de la répartition des bénéfices entre les associés, ce sont finalement quatre éléments constitutifs d'une situation sociétaire qui résultent de la loi, l'existence du premier (acte constitutif) étant par hypothèse exclu pour une société de fait, l'établissement de son existence dépend en définitive de l'existence d'apport (affectation de biens ou d'activité), de la volonté de partager les bénéfices et les pertes et de l'intention de collaborer à une entreprise commune (l'affectio societatis)". Voir également, sur ce point : **M. G. GOURBEAUX**, observations sous **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 20 janvier 1987**. JCP éd. G 1988, II, 20987. Voir, en sens contraire, **M. Fabien KENDERIAN** et ses développements sur le sujet dans << La contribution aux pertes sociales >> Revue des sociétés 2002 p. 617 n° 2 à 6 et la jurisprudence régulièrement défavorable de la Cour de Cassation depuis : **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 25 juill. 1949**, JCP 1950, II, 5798, 1re esp., obs. D. Bastian. Voir, à ce titre : **Cass. com. 20 janv. 1987**, Thi Min Tran, précité. Bull. soc. 1987. 94, obs. L. Faugeras.

symptomatique d'une contribution aux pertes.⁸¹³ Cependant, si la contribution aux pertes serait ici difficilement contestable, on sait que cette hypothèse ne recouvre pas nécessairement toutes les situations de regroupement à l'achat. En effet, le plus souvent, les structures d'intermédiation s'autofinancent en prélevant un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par leur intermédiaire avec les fournisseurs : les fameuses commissions de gestion. On pourrait, néanmoins, considérer cette absence de cotisation comme seulement formelle, et estimer que la structure chargée de réaliser l'objet du regroupement, se contenterait de prélever à la source un avantage qui devrait être consolidé avec ceux perçus, par ailleurs, par ses membres. Cette commission de gestion pourrait alors, valablement, être considérée comme la participation des adhérents du regroupement à ses frais de fonctionnement. C'est le problème déjà évoqué d'une possible requalification de cette pratique, dans les différentes discussions quant à sa validité au regard des alternatives fonctionnelles du référencement.⁸¹⁴

- Il faut, ensuite se remémorer sur quel principe repose un groupement d'achat, qui négocie des conditions commerciales avec toute sorte de fournisseurs, qu'ils soient petits, moyens ou puissants et regroupés ou pas dans des structures corporatistes. Il s'ensuit que, même s'il est habituel, à présent, de concevoir ces négociations comme étant au bénéfice de la puissance d'achat, ce n'est pas toujours le cas et ces négociations sont toujours susceptibles d'échouer, notamment face à des marques puissantes. Parallèlement, la puissance d'achat peut également avoir des effets pervers si elle entraîne un déréférencement volontaire d'un ou plusieurs produits donnés. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'absence de référencement de certaines marques est susceptible de représenter une perte nette de bénéfice pour les distributeurs, induite par leur appartenance au regroupement à l'achat, dont ils acceptent nécessairement le risque en adhérant à la centrale.

⁸¹³ **M. YVES GUYON** <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 123 n° 123 *"La participation aux pertes a un caractère normal lorsque la société est constituée en vue de réaliser des économies. En effet la mise en commun des moyens entraîne des frais : il faut payer le personnel, entretenir le matériel, etc. Les associés versent donc une cotisation qui permet à la société d'accomplir sa mission."* Dans le même sens **M. Fabien KENDERIAN** << La contribution aux pertes sociales>> précité n° 23 *" Un tel engagement se rencontre surtout dans les statuts des sociétés dont l'objet n'est pas de réaliser des bénéfices, mais des économies."*

⁸¹⁴ On sait ce qui s'oppose à cette vision des choses : d'une part, son caractère potentiellement anticoncurrentiel au regard des avantages déjà obtenus, d'autre part, les libertés prises avec la volonté des contractants du contrat de référencement qui prévoient cette rémunération pour une prestation de l'intermédiaire rendue aux fournisseurs et non pour une telle prestation rendue aux adhérents du regroupement. En sens inverse, nous avons eu l'occasion de démontrer combien il était difficile, sur un plan contractuel et concurrentiel, de s'en tenir à une interprétation stricte du contenu du contrat en raison de la nécessité de prise en compte du service également rendu à ces mêmes adhérents par la structure de regroupement, de sorte qu'une part au moins de cette commission de gestion nécessiterait d'être requalifiée en ristourne due au distributeurs membres, affectée par convention à la rémunération de la centrale. Cf. Supra : n° 46.

LE REFERENCEMENT

- Enfin, il existe également un élément indissociable de la nature même de ce type de regroupement qui stigmatise, à notre sens, la contribution aux pertes.

Cet élément c'est, de nouveau, l'obligation d'achat qui pèse sur chacun de ses membres. On le sait, cette obligation, qu'elle soit ou non formalisée dans un contrat d'affiliation ou de groupement, est la conséquence logique de la mise en commun du potentiel d'achat qui forme l'essence de tels mouvements d'intégration.⁸¹⁵ Il convient de bien distinguer, ici, entre l'apport du potentiel d'achat, bien meuble incorporel, et sa conséquence, qui est l'obligation d'achat. A ce titre, la réalisation des commandes ne doit pas être considérée comme une libération de l'apport, qui perdrait sa nature de bien meuble incorporel, mais comme la nécessité découlant du fonctionnement normal de la société, objet de l'apport. A ce titre, un refus d'achat engendrera, par hypothèse, la mise en œuvre des disciplines du regroupement et, le cas échéant, une exclusion du distributeur réticent ou défaillant. Parallèlement, cette obligation d'achat constitue aussi, pour chacun des adhérents, une participation obligatoire aux contraintes financières liées au fonctionnement de la société. En effet, en cas de défection volontaire d'un des membres du regroupement ou d'expulsion suite à l'exercice des disciplines du regroupement, l'obligation en terme de volume d'achat liée à la globalisation des avantages conduira, logiquement, soit à une sollicitation des autres adhérents pour compenser cette défection, soit à une baisse des ristournes obtenues. La contribution aux pertes des membres du regroupement trouvera donc, de nouveau, dans ces deux hypothèses, une expression concrète.

Tous les éléments caractérisant une société étant ainsi réunis, on peut soutenir que c'est bien en tant que tels que devraient être logiquement appréhendés les regroupements à l'achat, c'est ce qu'il convient, à présent, de développer.

⁸¹⁵ Cf. Supra : n° 77. Voir également en ce sens **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 27 n° 39 et suivants.

§2) Une perspective sociale interpellant sur la place de la structure de référencement

390. La qualification sociétaire des regroupements à l'achat ouvre deux options.

La première, est de considérer que la centrale reste externe à la société que constituent ses adhérents. Force est, alors, d'envisager les rapports qui les lient comme contractuels. Dans cette première option, les relations de l'organe d'intégration avec le regroupement à l'achat devraient, logiquement, suivre les principes que nous avons exposés durant la partie précédente de notre étude. Cependant, il conviendra d'y intégrer la dimension sociétaire du regroupement. La seconde option, serait de considérer ce même organisme comme partie intégrante d'une société constituée avec ses adhérents. Cela ouvrirait un champ d'investigation pas encore exploité, dont il conviendra de mesurer la portée. La nature sociétaire du regroupement à l'achat posant, corrélativement, la question du statut juridique du référenceur, on ne peut, donc, faire l'impasse de sa soumission aux critères fondamentaux de l'**article 1832 du Code civil**. A cet effet, nous distinguerons, comme précédemment, les manifestations de la volonté de cette structure de participer à une entreprise commune avec ses adhérents, qui constituera notre (A). Ensuite, nous nous attacherons à déterminer si peut lui être attribué, pareillement, un investissement social en terme d'apport et de participation aux pertes, qui stigmatiserait son implication dans la vie du regroupement (B).

A) Une probable volonté de constitution d'une entreprise commune

391. Caractériser les éléments intellectuels d'une participation à une société, est beaucoup plus délicat pour une structure de regroupement à l'achat que pour ses membres, dans la mesure où son positionnement d'intermédiaire dans l'activité de référencement lui donne des spécificités qui, si elles peuvent avoir une origine sociétaire, se retrouvent dans beaucoup de contrats d'intermédiation.

Il ne peut donc, en la matière, être apporté de preuve absolue de cette participation et il ne pourra s'agir que de présomptions, d'où le titre de notre (A). Cependant, ces présomptions sont réelles et troublantes quant à la perception d'ensemble du fonctionnement du référencement. Elles emportent, de ce fait, notre

conviction d'une intégration des centrales d'achat au processus sociétaire, déjà avéré, de leurs adhérents.

1) La recherche conjointe d'un avantage commercial

392. La question du premier critère d'une recherche d'un bénéfice ou d'une économie apparaît déjà complexe.

C'est la réalisation d'un bénéfice qui semble, au premier abord, être l'objectif de la participation de l'organisme référenceur au mouvement d'intégration. Ce bénéfice est concrétisé par le versement de la fameuse "commission de gestion". Ce premier élément de reconnaissance d'une existence sociétaire, recèle d'emblée un problème, car il s'oppose à celui de ses adhérents qui est de réaliser une économie. Certes, une société peut être à la fois constituée pour réaliser des économies et des bénéfices, si tel est son objet social. Cependant, en l'occurrence, le référencement ne produit aucun bénéfice et ne génère aucun excédent distribuable. C'est à l'occasion du référencement que la structure d'intermédiation se trouve en mesure de percevoir la commission de gestion et non, par le référencement. Est-il alors envisageable, dans une société conçue en vue de réaliser des économies, que l'objectif de la participation de l'un des associés ne soit pas celui des autres membres et celui de la société ? En fait, on peut penser ce paradoxe comme n'étant qu'apparent.

- Prenons, comme première hypothèse, de considérer la commission de gestion dans le cadre, souvent envisagé, d'une attribution par convention, à la structure de référencement, d'une partie des économies obtenues au profit des distributeurs regroupés. ⁸¹⁶

Il s'agirait bien dans ce cas, pour cette dernière, au terme de l'article 1832, de "profiter de l'économie" réalisée par la société constituée avec ses membres. Les sommes ainsi récupérées seraient, alors, considérées comme une participation de ses adhérents à ses frais de fonctionnement, participation assortie, le cas échéant, d'une indemnité en récompense des services rendus, assimilable à celle d'un gérant. Cette situation est assez usuelle dans le monde commercial. On la retrouve dans bien des sociétés constituées en vue de réaliser des économies quand, par exemple, le gérant possède des parts sociales mais tire l'essentiel de ses revenus d'une rémunération. Dans ce cas de figure, on doit remarquer que la qualité

d'associé ne lui est pas, pour autant, contestée. Néanmoins, d'une part, cette situation reste tout autant compatible avec celle d'une qualification de l'organisme référencier, non seulement en gérant salarié, mais également en un quelconque intermédiaire rémunéré indépendamment de tout lien social, ce qui ne fait pas progresser notre étude, d'autre part, on rappellera les critiques faites à cette hypothèse au regard de l'ordre public économique et de l'intention des parties.⁸¹⁷

- Il existe, cependant, une seconde hypothèse permettant de rester fidèle à l'intention manifeste des contractants du référencement que la commission de gestion soit la contrepartie d'un service rendu aux fournisseurs.

Cela nécessite de penser l'objectif de la participation à la société de cet organisme, non pas comme la recherche d'un bénéfice, qui en l'occurrence n'existe pas, mais comme la possibilité d'être en condition de percevoir ce bénéfice. Nous faisons référence, ici, à la possibilité d'être en condition de rendre le service à l'origine de la commission de gestion versée. Il est indéniable, en effet, que sans l'existence du regroupement à l'achat, la centrale, ne serait pas en mesure de monnayer ses services aux fournisseurs. De la même façon, il y a une corrélation évidente entre, d'une part, la réussite de l'objet social du regroupement, et d'autre part, le montant de la rémunération perçue par la structure de regroupement, puisque celle-ci est assise sur le chiffre d'affaires réalisé entre ses membres et les fournisseurs.⁸¹⁸

Dans cette mesure, on peut dire que l'objet de la structure de regroupement rejoint l'objet du regroupement lui-même. D'abord, l'organisme référencier obtenant des économies pour ses membres, augmentera d'autant le chiffre d'affaires réalisé par ses adhérents avec les fournisseurs référencés, et par là sa rémunération d'intermédiaire, ensuite, l'organisme référencier diversifiant l'offre d'approvisionnement faite à ses membres élargira, du même coup, le champ de sa propre clientèle. Cette hypothèse ferait, alors, apparaître la présence de la structure de référencement dans la société constituée avec ses membres, comme étant justifiée par la recherche d'un avantage dans la commercialisation de ses services. Il ne s'agirait donc plus d'un bénéfice, qu'une telle société, que nous avons qualifiée assez justement de "société de moyens", n'a pas pour objet de produire, mais bien d'une économie, au sens large du terme, comme on peut la retrouver dans ce type de structures sociétaires.

Quelle que soit l'hypothèse retenue, on peut estimer que c'est bien la recherche conjointe d'un avantage commercial qui est visé, par la centrale et ses membres,

⁸¹⁶ Cf. Supra : n° 48.

⁸¹⁷ Voir, supra : n° 269.

dans leur participation à l'intégration à l'achat. Recherche d'avantage qui justifie, sous réserve que les autres critères soient caractérisés, leur analyse en une entité sociétaire commune. Cette réflexion nous entraîne directement au deuxième critère étudié comme révélateur d'une société : l'affectio societatis.

2) La collaboration au succès de l'entreprise

393. La question de la recherche d'un affectio societatis dans l'action d'une structure de regroupement à l'achat se pose, d'abord, dans des termes classiques.

Il convient de se demander si on peut déceler, à l'instar de Monsieur MERLE, la volonté de cette structure de collaborer, avec ses adhérents, sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune ; volonté se prolongeant pendant la durée de la vie sociale.⁸¹⁹ Cette question, concernant une entité agissant en centrale d'achat, est plus complexe à résoudre que précédemment concernant ses membres. Certes, la volonté de participation au succès de l'entreprise commune semble manifeste, puisque par son action de négociation avec les fournisseurs, la structure de regroupement est le principal artisan de la réalisation de l'objet du regroupement dont ses membres n'auront qu'à recueillir les fruits. Cette action, qui se poursuit tout au long d'une campagne d'achat, recouvre bien toute la vie sociale et, de la même façon, la plupart des observateurs ont relevé sa particularité d'être dans l'intérêt exclusif du mouvement d'intégration à l'achat.⁸²⁰ Force est, cependant, de constater que ces éléments de réflexion ne sont pas suffisants pour emporter l'adhésion à l'existence d'un affectio societatis, dans la mesure où ils seraient tout autant explicables par l'existence d'un lien contractuel entre la centrale et ses membres. La notion clef devient donc, ici, celle de "collaboration égalitaire". Notion qui fixe la limite entre une action fondée sur un rapport contractuel et/ou de subordination et celle fondée sur un rapport sociétaire. Plusieurs arguments semblent militer en faveur de la seconde solution. Ainsi, la corrélation entre, d'une part, la réalisation de l'objet social du regroupement et, d'autre part, le montant de la rémunération perçue par la structure de référencement, représente un premier

⁸¹⁸ C'est ce qui nous a fait qualifier le référencement en mandat d'intérêt commun quand nous avons abordé l'hypothèse du mandat pour rendre compte de cette relation juridique. Cf. Supra : n° 50.

⁸¹⁹ **M. MERLE** << Sociétés commerciales >> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 799 n° 725.

⁸²⁰ Voir, notamment : **Mme SELINSKY** << Le contrat de référencement existe-t-il ? >> note sous **Arrêt Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988 p 4.

indice que, dans son action, cette dernière agit bien sur un pied d'égalité avec ses membres pour le succès de l'entreprise commune. Cela ne représente qu'un premier indice, car cette situation peut se rencontrer, également, dans certains rapports contractuels à travers les notions de mandataire d'intérêt commun ou de commissionnaire qui, l'un et l'autre, peuvent avoir leur rémunération assise sur le chiffre d'affaires réalisé par leur intermédiation. Cependant on sait, par ailleurs, que la centrale peut exclure des bénéfices de son action et du regroupement à l'achat, telle ou telle entreprise qui ne respecterait pas les obligations du regroupement et sa politique, notamment en terme d'approvisionnement par son entremise ou en terme de quota, ou encore, en matière de déréférencement. Or, cette faculté dénote non seulement une évidente autonomie, dépassant la seule faculté de contracter ou ne pas contracter présente dans tout contrat d'intermédiation, mais témoigne d'un véritable pouvoir décisionnaire, incompatible avec celui d'un simple intermédiaire.

394. Cependant, l'argument décisif en faveur de la nature sociétaire repose, essentiellement, sur sa capacité à dépasser les limites des hypothèses contractuelles auxquelles nous sommes parvenus précédemment.

Il résulte de la logique de cette solution, au regard de la situation juridique créée par le référencement. Ainsi, dans les analyses contractuelles du contrat de commission et du mandat, la commission de gestion apparaît nécessairement, faute d'être sans justification, comme la rémunération d'un service rendu au regroupement par la structure de regroupement, versée par convention par les fournisseurs référencés. Cette solution, on le sait, pose des problèmes que nous avons plusieurs fois formulés, au regard de l'ordre public économique et de l'intention manifeste des parties. Dans une vision sociétaire de la situation, l'action de cette même centrale au bénéfice du regroupement, trouve son propre fondement dans ses obligations sociales, et le versement de la commission de gestion, dans la possibilité que lui offre le regroupement à l'achat d'une "commercialisation" de ses services auprès des fournisseurs. Cette solution règle, donc, certains des problèmes soulignés dans nos analyses contractuelles, ce qui tend à nous la faire estimer plus pertinente. ⁸²¹

Encore faudrait-il que les deux derniers critères cumulatifs puissent être envisagés.

⁸²¹ Voir, supra : Titre "*Chapitre I : L'impasse de l'approche analytique classique du référencement*" p 369.

B) Une possible existence d'investissements sociétaires

395. Les deux questions restant en suspens, quant à la perspective d'une appartenance de la structure de référencement à l'entité sociétaire formée par ses adhérents, ont trait à l'existence d'apports et à la participation aux pertes ; il convient de les envisager successivement.

Comme précédemment concernant l'action du regroupement, l'existence de ces critères constitutifs d'une société ne peut être affirmée de manière absolue, compte tenu que d'autres explications perdurent quant au positionnement de la structure de référencement. On peut néanmoins estimer que, la confrontation des deux hypothèses, donne un léger avantage à celle de la nature sociétaire. Certes, il ne s'agit jamais là que de présomptions, mais comme nous avons dit précédemment elles sont troublantes et de nature à emporter la conviction.

1) L'exigence d'apports et la contribution aux pertes

396. L'action du référenceur consistant en une intermédiation, c'est-à-dire en une prestation de services, il apparaîtrait logique d'envisager sa participation dans la société comme un apport en industrie.

Cette conclusion, qui semble naturelle, n'est, comme souvent, pas si évidente qu'il y paraît. Même si nous n'avons pas exclu qu'une personne physique puisse être référenceur,⁸²² cette qualité est généralement l'apanage d'une personne morale et cela pose, d'emblée, la question d'une possibilité pour cette personne de faire un apport en industrie. Même si rien ne semble, a priori, interdire à une personne morale ce type d'apport, sous réserve que soit existant le "travail" dont elle accorde le bénéfice à la société, et que les autres critères distinctifs de cet apport soient caractérisés,⁸²³ cela peut, néanmoins, entraîner deux types de problèmes :

- Le premier de ces problèmes résulte du premier alinéa de l'**article 1843.3 du Code civil**, compris généralement par les auteurs comme étant l'interdiction d'exercer une activité concurrente à celle promise à la société, même si l'apporteur

⁸²² Cf. Supra p 23.

⁸²³ Pour un exemple de reconnaissance d'un apport en industrie émanant d'une personne morale : **CE 4 juillet 1973 req. n° 78179**. Droit Fiscal 1973 com. 1659 Concl. Manderkern ; Dupont p 330.

reste libre d'exercer une autre activité.⁸²⁴

L'application de cette disposition aux centrales d'achat peut légitimement être discutée, dans la mesure où elles exercent de manière notoire pour plusieurs clients différents. Cette interprétation est cependant à rejeter, parce que ce serait faire fi de la réalité des circuits de référencement. Du fait de son organisation et du principe d'uniformisation des avantages, à aucun moment un adhérent à une centrale d'achat ne bénéficie d'avantages particuliers dont ne bénéficierait pas un autre adhérent. L'adhésion au regroupement vaut ouverture aux avantages négociés et, dans notre hypothèse, intégration dans la société constituée avec les autres acheteurs, ce qui exclut toute activité concurrente. On rappellera le développement classique des circuits de référencement sous forme de strates successives, depuis le petit regroupement local jusqu'aux regroupements nationaux, voire internationaux. A chacune de ces strates correspond une volonté de rassemblement du potentiel d'achat de la part des distributeurs et un service rendu de la structure de référencement. Ce n'est qu'après ce circuit, au niveau de la coopération commerciale ou des services particuliers, qu'un même référencement peut donner des avantages différenciés.

- Le second problème a trait à l'**article 1843 alinéa 6 du Code Civil** qui précise que *"l'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société, lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport"*.

Une lecture un peu rapide de cet article, pourrait faire penser que la commission de gestion, perçue par la structure de regroupement à l'achat lors du référencement, devrait être intégrée à l'ensemble des avantages obtenus par ses membres, avec les implications sur lesquelles nous nous sommes déjà étendus. Il n'en est rien. L'objet de l'apport en industrie réalisé par la structure de référencement ne consiste pas en la commission de gestion, mais en l'objet du référencement lui-même ; c'est-à-dire en la négociation de conditions de vente dont bénéficieront les membres du regroupement. C'est les gains relatifs à cet objet (soit le résultat des négociations), que la centrale doit rapporter à ses membres. Ce qui correspond bien aux obligations du référenceur que nous avons identifiées. La commission de gestion, pour sa part, n'est qu'une conséquence de la réalisation de cet apport. Elle constitue l'aboutissement de "l'économie" que la centrale tire de sa participation au regroupement. Elle n'a donc pas à être ajoutée à l'ensemble des avantages perçus par le regroupement

⁸²⁴ Cf. **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 59 n° 45.

397. L'engagement de contribuer aux pertes est toujours difficile à déterminer dans une société de fait ou en participation ; celui de la structure de référencement l'est, également.

On peut estimer, d'abord, que la contribution aux pertes étant classiquement à l'origine de problèmes qui nécessitent la recherche de cette qualification en société de fait, cela justifie qu'elle soit, parfois, déterminée par déduction quand on arrive à démontrer l'existence des autres éléments constitutifs d'une société ; ce qui serait le cas en l'espèce. Néanmoins, on peut sans doute arriver à prouver son existence indépendamment de toute présomption. En effet, cette existence d'une contribution aux pertes découle de la place qu'occupe cette structure dans la société que représente le regroupement à l'achat, et de l'interprétation du référencement. Or, si l'on se réfère à nos analyses précédentes, on constate que la structure de référencement, après avoir mené sa recherche des fournisseurs, est seule à s'engager auprès d'eux sur un volume d'achat. Elle supporte donc, nécessairement, les frais de fonctionnement et les risques de l'intégration à l'achat, puisqu'en cas de baisse substantielle des ventes, elle en subira directement les conséquences. De la même manière, son indemnisation étant fonction du volume de vente qu'elle parvient à faire réaliser, une baisse de ces dernières, induit un manque à gagner immédiat. Certes, ces frais de fonctionnement et ces risques qu'elle supporte initialement seule, peuvent être couverts par une cotisation de ses membres, mais on ne peut envisager raisonnablement que cette cotisation s'apparente à une garantie du regroupement des distributeurs à compenser l'intégralité des pertes éventuelles générées par le référencement, et surtout, on ne peut intellectuellement concevoir que la centrale ait conçu les risques inhérents à son action comme nécessairement couverts par ses adhérents. En réalité, même si une telle cotisation était prévue, il serait étonnant que la structure de référencement soit exempte de toute participation. La majeure partie des centrales, qui trouvent leur rémunération dans une commission de gestion fixée au moment du référencement, ne peuvent, a fortiori, avoir prévu tous les aléas d'une campagne de référencement dans cette rémunération et contribuent donc aussi, nécessairement, aux pertes éventuelles du regroupement à l'achat dont elles pourvoient à l'approvisionnement.

C'est pourquoi nous estimons que, si les autres critères constitutifs sont par ailleurs réunis, les structures de regroupement doivent être, logiquement, intégrées à la société que constituent leurs membres.

2) Le caractère sociétaire des investissements

398. Indépendamment des considérations uniquement basées sur l'existence ou la non-existence des critères constitutifs d'une société, la particularité de la discussion sur la nature sociétaire de la structure de référencement repose, également, sur l'intérêt qu'elle occupe une autre fonction que celle d'intermédiaire rémunéré.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, ce n'est pas au niveau de la participation aux pertes que peut être distinguée le plus facilement l'action d'une centrale sociétaire de celle d'un simple intermédiaire. En effet, confrontée à la nécessité, issue de l'application de l'ordre public économique, de prendre à son compte l'obligation d'achat, n'importe quelle structure qui en aura pris le risque, à l'origine, ne peut que l'assumer, au premier chef, en cas de défaillance de l'obligation en retour du regroupement des distributeurs à son égard et ce, qu'elle agisse par contrat ou au titre d'un lien sociétaire constitué avec ce même regroupement. En revanche, la discussion peut s'engager sur la question de l'apport en industrie. Comme précédemment, s'il existe la faculté d'analyser la prestation de la structure de référencement en apport en industrie, cela n'exclut pas que cette même prestation puisse, tout autant, être analysée en un quelconque contrat d'intermédiation. Quels seront alors les arguments permettant de privilégier cette nouvelle interprétation ? Ils sont au nombre de deux.

- Le premier a déjà été évoqué concernant la question de l'affectio societatis. Il a trait, dans l'hypothèse d'un contrat d'intermédiation, à la nécessaire imputation, pour une part au moins, de la commission de gestion aux membres du regroupement, en raison de l'avantage qu'ils retirent prioritairement de la prestation de services qu'exécute la centrale. Imputation qui pose problème, au regard de l'analyse contractuelle et concurrentielle de la commission de gestion, et que, seule une conception sociétaire de l'action de la structure de référencement, permet de résoudre. En effet, cette notion d'apport en industrie, justifie que la centrale fasse gratuitement bénéficier de ses services la société constituée avec ses membres et bénéficie, en retour, de l'avantage à être dans la société, en pouvant commercialiser ses services auprès des fournisseurs.⁸²⁵
- Le second est relatif à la facturation de la commission de gestion aux fournisseurs référencés.

⁸²⁵ Voir, supra : Titre "**1) La recherche conjointe d'un avantage commercial**" p 429.

Encore faudrait-il, pour valider cette rémunération, qu'un service effectif puisse être caractérisé au profit de ces mêmes fournisseurs. Or, nous avons déjà étudié cette situation pour conclure que, dans le cadre d'un contrat d'intermédiation, faute de pouvoir valider les traditionnelles obligations proposées de porter et de valoriser l'offre des fournisseurs auprès de ses adhérents, le seul service qui pourrait valablement être rendu par une structure de référencement consiste en une obligation de résultat en terme d'exercice des disciplines du regroupement. Or, cette obligation est amenée à compenser, en l'absence d'engagement d'achat de ses adhérents, l'exigence de contrepartie à la globalisation des avantages imposée par l'ordre public économique.⁸²⁶ Cela pose donc, de manière récurrente, la question de la justification à la commission de gestion.⁸²⁷ La possibilité de déterminer, grâce à sa nature sociétaire, un autre service en contrepartie à cette commission de gestion serait, donc, un argument déterminant quant à l'adoption de cette hypothèse.

399. Cette possibilité, à notre sens, pourrait tenir à trois considérations.

- La première, est relative à l'efficiencia de l'engagement.

Dans le cadre d'une société en participation, en signant le contrat de référencement, le référenceur sociétaire engage le regroupement sans qu'il soit nécessaire au contractant de vérifier son influence sur ses membres, et donc, sa capacité à réaliser son obligation d'exercice des disciplines du regroupement. Cette garantie pourrait déjà justifier une rémunération, si tant est que la société soit ostensible.

- La seconde considération, est relative à l'obligation traditionnellement relevée dans les contrats de référencement de porter l'offre à la connaissance des fournisseurs.

Si l'on s'attache à cette notion du port de l'offre, on peut remarquer qu'autant cette obligation est dépourvue de cause dans tous les contrats d'intermédiation envisagés pour le référencement, autant elle reprend toute sa valeur dans un système où le référenceur est libre de toute obligation contractuelle et autonome quant à son action auprès des fournisseurs.

- La troisième considération, est relative à l'autre obligation traditionnellement

⁸²⁶ Voir, supra : n° 317.

⁸²⁷ Voir, supra : Titre " **B) Les limites d'une approche contractuelle du référencement**" p 408.

LE REFERENCEMENT

relevée dans les contrats de référencement de favoriser l'offre des fournisseurs.

On peut la concevoir de deux façons :

- Premièrement, comme la contrepartie à l'engagement des fournisseurs de production et de maintien de leurs conditions de vente. Dans ce cas, elle sera rendue obsolète par l'obligation d'achat, devenue nécessaire pour justifier la globalisation des avantages.

- Deuxièmement, comme la contrepartie d'une amélioration potentielle du chiffre d'affaires réalisé avec le regroupement. Cette obligation, peut être appréhendée comme le démarchage de chaque distributeur pour qu'il achète plus, mais aussi, comme une inflexion en faveur du fournisseur de la politique commerciale menée par le regroupement.

Or, si la première hypothèse peut être envisagée pour tout intermédiaire, sous réserve qu'elle ne soit pas incompatible avec ses obligations, la seconde suppose d'être au sein de l'espace décisionnel du regroupement à l'achat, aussi informel soit-il. En conséquence, si l'on admet qu'existe une politique d'achat des intégrations, alors il y a la place pour cette obligation de favoriser les offres d'un producteur, et donc, pour la rémunération appelée communément "commission de gestion". Ces différentes considérations, toutes liées à une autonomie statutaire de la structure de référencement, incompatible avec celle d'intermédiaire rémunéré, confortent notre analyse de la centrale en tant que sociétaire du regroupement à l'achat.

Section II : Une identité sociétaire justifiant une redéfinition du régime juridique du référencement

Introduction :

400. Une fois posé le principe d'une "sociétarisation" de l'intégration à l'achat, se pose la question de son implication sur le sujet qui nous préoccupe : le régime juridique applicable au référencement.

La problématique induite par cette nouvelle situation pourrait, au premier abord, apparaître assez simple, puisqu'elle se trouve ramenée, quelque part, à celle prévalant dans le cadre d'un "groupement d'achat". Elle en diffère, cependant, par son caractère informel. Ce qui fait que la distinction, que nous avons auparavant opérée, entre les groupements d'achat fonctionnant selon une formule interne ou statutaire et ceux fonctionnant selon un mode contractuel, n'est pas applicable en l'espèce. Dans ce cas de figure, c'est le mode d'approvisionnement qui, à l'inverse, va conditionner l'appréhension du caractère sociétaire, ou non, des membres du regroupement à l'achat et entraîner l'application des règles de cette nature. Règles qui, elles-mêmes, influenceront sur le régime juridique applicable à cette situation contractuelle. C'est de cette interaction que naîtra le nouveau régime juridique du référencement, qu'il convient à présent d'étudier.

Nous commencerons par une analyse précise de la nature sociétaire issue de l'intégration à l'achat (§1), avant d'en déduire les nouvelles alternatives fonctionnelles qui en découlent (§2).

§1) Une redéfinition de la nature juridique des centrales d'achat

401. La poursuite de la logique que nous avons étrennée, qui consiste à voir une société dans le regroupement des distributeurs au sein d'une centrale d'achat, entraîne deux types d'implications : d'une part à l'égard des tiers, et d'autre part, à l'égard du fonctionnement interne du regroupement.

Les deux problèmes sont, en fait, intimement liés et dépendent de l'appréhension de cette société. Si, comme nous pensons l'avoir démontré, le fonctionnement des regroupements à l'achat mérite cette qualification, s'agissant alors d'une société non immatriculée, seules sont envisageables la qualification en société créée de fait ou en participation. Le principe commun de l'organisation interne de telles structures repose sur une grande liberté. On retrouve cette liberté dans l'étude du fonctionnement des intégrations à l'achat qui peut être conçu, et perçu, de manière variée. Cependant, il existe entre ces deux formes sociales marginales des nuances importantes, en particulier dans le cadre de notre sujet. Une première étape logique consiste, donc, à déterminer en face de quel type de société nous nous trouvons, ce qui fera l'objet de notre (A). Il sera alors temps d'en mesurer l'impact sur les tiers et les implications sur le fonctionnement interne de la société dans notre (B).

A) La reconnaissance du regroupement à l'achat comme société en participation

402. Une première analyse de la situation créée par le regroupement à l'achat, laisserait plutôt entrevoir une qualification en société créée de fait.

Il en est ainsi, si l'on se base sur l'absence de rapports contractuels directs entre les adhérents de la centrale, qui puissent être révélateurs d'une volonté de création d'une entité sociale. Il en est ainsi, également, si l'on se base sur le constat selon lequel, dans cette optique, il n'est généralement pas observable une quelconque concertation entre eux qui, à défaut d'acte fondateur, établirait au moins cette volonté. C'est donc, a priori, leur comportement seul qui donne naissance à la société. Cette situation devrait donc caractériser une société créée de fait,⁸²⁸ en ce

⁸²⁸ Cf. **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 797 n°724 et **M.GUYON** <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 524.

que nous avons pu prouver l'existence d'une volonté objective d'alliance, suffisante pour caractériser un "affectio societatis".⁸²⁹
C'est pourtant vers une société en participation que s'oriente notre opinion.

1) Une société généralement ostensible

403. Plusieurs éléments caractérisent, d'après-nous, l'existence d'une société en participation, et non celle d'une société de fait.

- On remarquera, tout d'abord, que la création des centrales d'achat baigne dans le contexte global de l'intégration à l'achat, contexte qui vise à faire pression sur les forces de production.

Ce mouvement est donc, par essence, une démarche volontaire qui a abouti, dans de nombreux cas, à la création d'entités sociales nouvelles, voire spécifiques, regroupant les distributeurs. On doit, de ce fait, plutôt voir dans ces centrales, comme nous l'expliquions précédemment, un mode d'organisation particulier de ce mouvement d'intégration, marqué par une volonté de plus grande souplesse de fonctionnement, et non pas, la relation contractuelle isolée d'une entité, jouant les intermédiaires entre un fournisseur et des distributeurs qui, pour leur part, agiraient plus ou moins consciemment de leur puissance d'achat conjointe. De la même façon, le contrat d'affiliation qui fixe les rapports entre l'adhérent et sa centrale comporte des éléments qui, sans ambiguïté, révèlent une volonté d'action commune. Il en est ainsi de l'assurance de la part de la centrale, lors de l'adhésion, de l'obtention d'avantages globalisés au profit des distributeurs, c'est-à-dire calculés sur leur puissance d'achat regroupée, et celle d'un engagement d'achat, en retour, de la part de l'adhérent, c'est-à-dire son consentement pour participer à ce regroupement de la puissance d'achat.

- D'autres traits, particuliers à ces regroupements, viennent conforter cette vision des choses.

Ainsi, le caractère intuitu personae dans lequel baignent les contrats d'affiliation et qui subordonne leur cession à un véritable "agrément" de la centrale, les distingue

⁸²⁹ Cf. **M. Michel de GAUDEMARIS** << Théorie de l'apparence et sociétés >> Revue des sociétés 1991 p. 465 n°45 " ... *La société créée de fait ne peut se réduire à une simple apparence objective de société : il est inconcevable que spontanément des personnes affectent des biens ou des moyens à une activité commune, qu'elles partagent les bénéfices ou contribuent aux pertes en résultant, qu'elles agissent ensemble dans un but commun, sans qu'il y ait eu conclusion tacite d'un contrat de société.*

d'un simple contrat d'approvisionnement. Il s'agit, ici, d'un contrat marquant l'adhésion à un groupe, dont l'entrée est restreinte.⁸³⁰ De la même façon, les clauses de résiliation qui peuvent exister dans ces contrats, en cas de manquement à l'obligation d'achat, marquent la soumission à une certaine discipline de groupe.⁸³¹ Enfin, les différentes techniques contractuelles visant à pérenniser les affiliations dans la grande distribution, notamment alimentaire, qui sont dénoncées par le projet de loi sur l'information et la protection du consommateur, dénotent également que, par delà les rapports contractuels, c'est bien la création d'une entité commune qui est le véritable objectif visé par les centrales d'achat.⁸³² Autant d'éléments qui en font, au moins, des contrats d'adhésion et, dans le contexte particulier dans lequel ils s'insèrent, de véritables contrats de société. Ils manifestent la volonté évidente de participer, sous l'égide de la centrale, à une action coordonnée avec d'autres distributeurs dans un but précis. Or, cette manifestation de volonté est l'élément essentiel de distinction entre une société créée de fait et une société en participation ; à l'exclusion d'un écrit dont la présence n'est pas indispensable.⁸³³ La société en participation étant ainsi constituée et reconnue, reste encore à en préciser les caractères.

404. Par delà son caractère commercial évident, son objet consistant en des actes de commerce, la première question d'importance que pose cette société est de savoir si elle sera occulte ou ostensible.

On peut la penser généralement ostensible, même si elle apparaît, à première analyse, comme étant occulte. En effet, la centrale va agir en son nom personnel sans jamais prétendre agir pour le compte d'une société formée avec ses adhérents. Et quand bien même elle le ferait, ce seul élément serait insuffisant pour la révéler aux tiers, la jurisprudence exigeant que cette révélation soit le fait

L'agencement complexe de tous les éléments précités ne peut être le fruit du hasard. Il constitue un ensemble de signes ou d'indices d'une volonté implicite."

⁸³⁰ Cf. Supra n° 8.

⁸³¹ Cf. Supra n° 183.

⁸³² Cf. **Assemblée Nationale 1er Juin 2011** <<Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs>> *"Deux tiers des surfaces de ventes sont exploitées par des entreprises indépendantes franchisées ou affiliées. Afin de protéger leur réseau, les opérateurs du secteur instaurent parfois des barrières à l'entrée dans les pratiques contractuelles d'accords de réseau et de regroupement (manque d'information, durée des engagements, reconduction tacite, chevauchement des échéances contractuelles clauses de non-concurrence et de non affiliation etc.)"*.

⁸³³ Cf. **M. Michel de GAUDEMARIS** << Théorie de l'apparence et sociétés >> Revue des sociétés 1991 p. 465 n°45 " ... l'absence de choix d'un type social et d'un écrit n'est plus aujourd'hui caractéristique d'une société créée de fait puisque ces éléments se retrouvent dans la société en participation. Cette dernière ne nécessite pas d'établir un instrumentum : non seulement elle n'est pas immatriculée, mais l'article 1871 du Code civil prévoit que l'existence et le contenu de la société se prouvent par tous moyens, y compris quand l'objet social est civil. Un contrat de société en participation purement verbal est parfaitement concevable."

d'actes personnels et positifs.⁸³⁴ Cependant, d'autres arguments justifient notre opinion.

- On peut déjà estimer que, le contrat de référencement impliquant une stipulation du référenceur au profit de ses membres, ils sont nécessairement révélés aux tiers. Certes, on vient de voir que cet argument est a priori insuffisant en soi.⁸³⁵ Néanmoins, dans le cas particulier d'un référencement, cela peut se discuter.

- D'abord, le référencement prévoit la possibilité, pour les adhérents d'une centrale, de passer eux-mêmes leur commande. Or, il s'agit bien là, d'un acte positif et personnel, d'autant que la pratique largement répandue de la centralisation des commandes pourrait les en dispenser.

- Ensuite, c'est en se prévalant du regroupement, et donc au nom de la puissance d'achat regroupée, que le distributeur va contracter et exiger que lui soient appliquées les conditions de vente et les avantages qui y sont afférents. A ce titre, il s'agit là, également, d'un acte positif et personnel, révélant sa qualité de membre du regroupement à l'achat, aux fournisseurs.

- Autre acte de révélation qui sera de plus en plus fréquent en raison des exigences de l'ordre public économique : l'engagement d'achat.

En effet, quel que soit le contrat support qui sera matériellement utilisé pour former les bases de l'engagement sociétaire du distributeur, ce "*contrat d'affiliation*" comme nous continuerons à le nommer, devra prévoir une forme d'engagement d'achat dont la structure de regroupement pourra se prévaloir auprès des fournisseurs. Cet engagement d'achat, comme son nom l'indique, est également un acte positif qui manifeste clairement la volonté personnelle de s'obliger auprès des tiers dans le cadre du regroupement.

- De la même façon, outre l'opportunité de leur commande, certains actes des distributeurs membres peuvent apparaître comme une immixtion dans la gestion de la société en participation au sens de l'**article 1872-1 alinéa 2 et alinéa 3 du Code civil**.

⁸³⁴ Cf. **Cour de Cassation Chambre Commerciale 15 juill. 1987**, affaire CGIB Bull. Joly, 1987, p 723, § 303.

Voir également : **Mme Annick Picand-L'Amézec** << L'obligation des associés en participation envers les tiers >> Dalloz revue des sociétés 1990 p. 567 "*La solution de la Cour de cassation se justifie également sur le plan de l'équité. Elle évite les manoeuvres malveillantes du gérant qui feraient des participants ses « otages » Elle est enfin une conséquence de l'essence individualiste de la société en participation et maintient implicitement la primauté du caractère occulte.*".

⁸³⁵ Cf. **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 15 juill. 1987**, précité.

Il en sera ainsi, notamment, quand il y aura adhésion dans le cadre du regroupement à un principe de solidarité entre les membres, ou de manière plus courante, simplement quand il y aura des discussions publiques sur la stratégie d'achat ou sur l'élargissement du regroupement. Cette analyse d'un regroupement à l'achat comme société en participation ostensible peut être discutée.

2) Une possible volonté d'occultation

405. Il faut en effet distinguer le cas, déjà étudié, où en plus de ses obligations de base, le référenceur se verrait attribuer la centralisation des achats et des paiements.

On pourrait voir alors, dans ces spécificités, une volonté affirmée de donner à la société un caractère occulte. En effet, nous l'avons vu, le caractère de stipulation pour autrui du contrat de référencement est insuffisant en lui-même quand, pour tout le reste, la centrale d'achat est seule "interlocutrice", pour caractériser une révélation au tiers. Cette stipulation pourrait découler de relations contractuelles très diverses entre la centrale et ses adhérents. D'ailleurs, dans cette hypothèse, la centrale ne prétend pas agir au profit d'une société, quand bien même elle prétendrait stipuler au profit de ses adhérents, ce qui ne sera pas toujours le cas. La stipulation pour autrui sera, dans ce cas de figure, généralement déduite de la nature du contrat d'affiliation liant la centrale à ses adhérents, et non, de celle du contrat de référencement. Ces circonstances peuvent elles, alors, permettre la conservation d'un caractère occulte à la société ? Il convient, pour résoudre cette question, de se référer aux principes généraux caractérisant la révélation de ce type de société. Deux intérêts s'opposent : celui visant la protection des tiers et celui du respect de la volonté des associés. On sait que, sur ce point, la Cour de Cassation, soucieuse de préserver l'attrait des sociétés en participation, a posé les règles gouvernant leur révélation aux tiers, règles qui ont été reprises par le Code civil. On doit donc distinguer entre la reconnaissance d'une révélation globale, si les participants agissent en qualité d'associé au vu et su des tiers, ou celle d'une révélation limitée, dans laquelle l'associé, par son immixtion dans la vie sociale, aura laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard.⁸³⁶ En l'occurrence, dans notre hypothèse d'une centralisation des commandes et des paiements, même si l'un des distributeurs membres exerçait la faculté reconnue par

⁸³⁶ Cf. **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 795 n° 721 et **M.GUYON** <<Droit des affaires>> 12^{ème} édition tome 1 p 533.

la Cour de Cassation comme caractéristique d'un contrat de référencement - c'est-à-dire celle de passer commande directement sans passer par son intermédiaire tout en se prévalant des avantages négociés - ⁸³⁷ tout porte à croire, néanmoins, que la société resterait occulte. En effet, l'immixtion d'un seul participant ne permettant normalement pas, à elle seule, le changement de nature de la société, l'immixtion ne devrait engager que son auteur. Il faut néanmoins réserver l'hypothèse soulevée par l'**article 1872-1 alinéa 3 du Code civil** pour justifier l'action de tiers contre d'autres participants, quand "*Il est prouvé que l'engagement a tourné au profit de l'un des associés*". La situation pourrait se rencontrer dans une opération de référencement dans la mesure où, comme on le sait, le référencement ne met pas nécessairement fin aux négociations. Sans parler de référencement à un étage inférieur, ce qu'il est convenu d'appeler les « accords particuliers », fixent des dispositions, normalement bilatérales, précédant la commande entre un fournisseur référencé et un distributeur, et portent sur des aménagements de détail au contrat. Dans l'hypothèse, qui s'est déjà rencontrée, où certains de ces accords se verraient élargis à l'ensemble ou partie du regroupement, cela devrait avoir pour effet, si ce dernier était auparavant considéré comme une société en participation occulte, de le transformer en société en participation ostensible ou, au moins, d'engager auprès des tiers les nouveaux bénéficiaires des avantages négociés. La discussion sur le caractère occulte ou ostensible de la société ainsi constituée n'est pas uniquement formelle ; elle entraîne des conséquences qu'il convient, à présent, d'aborder.

B) Une nature juridique nouvelle modifiant les obligations nées du référencement

406. La reconnaissance des centrales d'achat en société en participation n'est pas sans incidences sur les obligations nées du référencement ; ni à l'égard des tiers, ni à l'égard des membres de la société.

Au titre des principes gouvernant ces obligations on peut se demander, d'abord, si les caractères propres au référencement, qui sont à l'origine de notre réflexion sur la nature sociétaire des centrales d'achat, ne pourraient déjà pas, en eux-mêmes, être porteurs de conséquences juridiques. Ensuite, cette analyse ayant conforté la perception sociétaire du regroupement, il conviendra de distinguer entre les

conséquences du caractère occulte et ostensible de la société ainsi reconnue. Enfin, il faudra mettre en œuvre ces principes pour déterminer, concrètement, comment doivent s'exercer les obligations nées du référencement.

1) De nouveaux principes

407. Comme nous l'avons suggéré en introduction, quand on observe les relations contractuelles issues d'un référencement, on peut, en premier lieu, se demander si elles ne suffiraient pas à ce que ces regroupements se voient reconnaître "l'apparence" de sociétés, avec toutes ses conséquences à l'égard des tiers et l'intérêt pratique pour ces derniers, en terme de preuve, que représente cette option.

On le sait, cette théorie élaborée dans les années 80, consiste à apprécier l'apparence que peuvent avoir les tiers du comportement sociétaire des personnes avec qui ils sont en relation. Cette apparence doit s'apprécier globalement, indépendamment de la réunion des éléments constitutifs d'une société.⁸³⁸ Or, si l'on prend en considération les caractères ostensibles que nous avons soulignés et que présentent ces regroupements, on peut les penser comme étant de nature à influencer la perception des tiers sur les liens unissant les membres du regroupement, aisément qualifiables en sociétaires. Il en est ainsi, de la recherche des meilleures conditions de vente possibles, c'est-à-dire, celle évidente d'une économie. Il en est ainsi, également, du principe même du référencement qui consiste à mettre en commun les potentiels d'achat pour obtenir des avantages des fournisseurs, ce qui est facilement identifiable en un apport, et stigmatise une volonté de collaboration. Si une telle apparence de société était reconnue, les règles applicables à l'égard des tiers seraient, alors, les mêmes que celles prévalant pour toute société en participation ostensible. S'agissant ici d'un objet commercial, cela impliquerait que les membres du regroupement soient tenus solidairement des actes passés par chacun d'eux. En revanche, il n'est pas certain que l'on puisse étendre cette théorie de l'apparence à l'action de la structure de regroupement, en raison des similitudes de cette action avec celle d'un intermédiaire de droit commun. Concernant cette dernière, seule une démonstration complète de

⁸³⁷ **Cour de Cassation chambre commerciale 22 mars 1994.** Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres. Précité. Bull. Civ. IV n° 124 ; Sommaires Commentés DALLOZ 1995 p 80.

⁸³⁸ **Cour de Cassation chambre commerciale 3 nov. 1988** Joly 1989 p87 n°21. Jurisprudence toujours renouvelée depuis. Voir en ce sens, **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 800 n° 725.

LE REFERENCEMENT

l'existence des critères constitutifs d'une société, comme nous l'avons précédemment initiée, nous semble être en mesure de fonder une responsabilité en tant que sociétaire. Si sa qualité sociétaire apparente était quand même reconnue, son implication dans le processus sociétaire apparent la ferait nécessairement percevoir comme gérant. A ce titre, ses adhérents seraient alors tenus, solidairement, par les actes qu'elle aurait accomplis à leur profit. Néanmoins, cette reconnaissance resterait nécessairement limitée, dans son impact sur les rapports internes au regroupement, puisque l'application des règles sociétaires à ces rapports suppose la démonstration de l'effective existence des critères sociétaires, et ne peut reposer sur la simple apparence.⁸³⁹

Si l'on excepte cette théorie, les conséquences à l'égard des tiers varieront selon que la société en participation sera occulte ou ostensible.⁸⁴⁰

408. Si la société est occulte, sauf révélation partielle ou totale, les tiers n'ont en principe vocation à connaître que le référenceur, qu'il en soit le gérant ou simple intermédiaire.

La centrale faisant par hypothèse écran entre ses membres et les tiers, sa situation en tant que gérant salarié, ou même sociétaire, ne sera pas sensiblement différente de celle d'un intermédiaire contractuel telle qu'elle a été précédemment définie. Elle devra, pareillement, être en mesure de se prévaloir du potentiel d'achat de ses adhérents et être en mesure d'offrir une contrepartie à la globalisation des avantages. Dans cette perspective, la réglementation du droit de la concurrence ne laisse que deux options : elle pourra prendre en charge, à titre propre, l'engagement sur un certain volume d'achat ou, comme envisagé précédemment, prendre l'engagement d'exercer les disciplines du regroupement conçu, alors, comme une obligation de résultat. Dans les deux cas le référenceur reste seul engagé vis-à-vis des tiers, et cela ne change pas fondamentalement la situation en terme de révélation, à ces tiers, de la société. D'abord, parce que cette situation peut, nous l'avons vu, découler de relations contractuelles et non sociales, ensuite, parce que le fait que le référenceur n'agit pas pour son profit personnel est déjà avéré par la stipulation pour autrui, caractéristique du référencement.

409. La situation sera singulièrement plus complexe si la société en participation est ostensible.

⁸³⁹ Cf. **M. MERLE** << Sociétés commerciales >> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 800 n° 725.

⁸⁴⁰ Voir pour une étude détaillée : **M. Annick PICAND-L'AMEZEC** << L'obligation des associés en participation envers les tiers >> Revue des sociétés 1990 p 567.

La conséquence de ce statut sociétaire la plus importante, pour les relations dans la grande distribution, sera de rendre chaque distributeur tenu des obligations contractées à l'égard des tiers par les autres membres du regroupement ou par le gérant, qui plus est, s'agissant de relations commerciales, avec solidarité. En revanche, en ce qui concerne les rapports internes au regroupement, le principe d'une société en participation reposant sur une grande liberté dans l'organisation, le degré d'implication de chaque sociétaire, au regard des obligations contractées à l'égard des tiers, pourra être organisée comme ils le souhaitent. L'exception à ce principe sera l'éventuelle existence d'une clause léonine. Ce type de société en participation étant très peu structuré, et cette répercussion pas nécessairement prévue, c'est le droit commun qui aura normalement vocation à s'appliquer avec une participation au prorata des apports, en l'espèce, au prorata du potentiel d'achat. Dans l'hypothèse où serait démontrée la qualité de gérant sociétaire du référenceur, il serait, bien évidemment, tenu à la même solidarité vis-à-vis des tiers. La différence se situant dans sa participation dans le cadre des rapports internes à la société qui, en cas d'absence de clause spécifique, devra suivre les règles applicables aux apports en industrie.

2) Des obligations modifiées

410. Au regard de cette nouvelle nature juridique, il convient d'approfondir la question des obligations contractées du fait du référencement.

Si l'on écarte les diverses obligations auxquelles un distributeur peut souscrire, dont beaucoup relèveront de la "collaboration commerciale" et seront par définition hors référencement, les principales obligations d'un sociétaire d'une centrale d'achat, en cette qualité, concernent la commande et portent sur le paiement du prix. On peut donc envisager deux hypothèses d'actions ouvertes aux tiers en cas de défaillance d'un des distributeurs :

- au regard du maintien des niveaux de commande,
- au regard du versement du prix de vente au fournisseur.

411. En ce qui concerne le maintien des niveaux de commande.

La portée de la reconnaissance d'une solidarité des membres du regroupement à l'achat, sur ce point, est intimement liée au statut reconnu à la centrale d'achat. Contractuellement, l'exigence d'un certain niveau de commande, qui est la contrepartie obligatoire de la globalisation des avantages est, du fait du référencement, prise en charge par la centrale. Elle sera seule engagée à l'égard

LE REFERENCEMENT

des fournisseurs, directement sur un quota ou par l'engagement d'exercer les disciplines du regroupement. Si celle-ci devait garder un statut d'intermédiaire salarié, comme précédemment défini lors de l'analyse contractuelle de cette relation juridique, la solidarité entre distributeurs sociétaires du regroupement à l'achat n'aurait pas vocation à s'appliquer, et la centrale resterait, seule, débitrice de ses obligations envers les fournisseurs. Cette situation supposerait, néanmoins, qu'elle puisse être considérée comme un intermédiaire de droit commun agissant pour son propre compte, ce que doit attester la perception d'une rémunération des fournisseurs en échange de sa prestation, la fameuse commission de gestion. Si la commission de gestion ne correspond à aucune prestation réelle et mériterait d'être requalifiée en un avantage supplémentaire au profit du regroupement des distributeurs, versé par convention à l'intermédiaire, alors, une action directe sur les commandes des membres de la société en participation pourrait être ouverte aux tiers fournisseurs. En effet, le référenceur percevant, dans ce cas, sa rémunération du regroupement à l'achat pourrait être qualifié de gérant. Si, en revanche, cette commission de gestion correspondait à une prestation effective, l'intermédiaire étant convaincu d'avoir agi pour son propre compte, elle ne pourrait ouvrir droit, pour les tiers, qu'à l'action oblique de droit commun de l'**article 1166 du Code civil**. La difficulté soulignée de trouver, jusqu'à présent, une contrepartie effective à la commission de gestion, conforte la vision du référenceur en gérant. Il sera donc réputé agir pour le compte de la société et la solidarité s'appliquera à l'égard de tous ses membres. La reconnaissance d'une telle solidarité aura pour effet, concrètement, d'ouvrir aux fournisseurs la faculté d'actionner, en plus de la centrale d'achat proprement dite, directement les distributeurs dont ils estimeraient le niveau de commande insuffisant par rapport aux objectifs fixés lors du référencement. On peut envisager deux cas concrets :

- en fin de campagne commerciale,
- en cas de défaillance d'un des distributeurs sociétaires représentant une part importante du chiffre d'affaires que ne compenseraient pas les autres membres du regroupement.

412. En ce qui concerne le versement du prix de vente au fournisseur.

Comme il n'est pas envisageable que les autres membres de la société acquittent, spontanément, le prix de vente dû par l'un des leurs au fournisseur éconduit, cette situation se traduira, concrètement, comme le cas s'est déjà présenté à la jurisprudence, par une demande de remboursement présentée à la centrale référenceur et, en cas de refus, par une compensation opérée par le fournisseur.

LE REFERENCEMENT

Cette compensation interviendra : soit sur la "commission de gestion" perçue par la centrale, soit sur les ristournes accordées aux autres membres du regroupement. Ces situations ont été diversement appréciées par la jurisprudence, et sont fonction des cas d'espèce. Au regard de notre hypothèse, il ne devrait pas y avoir de discussion sur la validité de cette compensation, si elle porte sur des ristournes dont bénéficient les distributeurs membres du regroupement, quand ils doivent être reconnus comme membres d'une société apparente ou d'une société en participation ostensible. Concernant une éventuelle compensation ou action à l'égard de la centrale de référencement sur la commission de gestion perçue, en revanche, il convient, une fois de plus, de distinguer en fonction de son statut. Si la centrale est analysée comme un intermédiaire contractuel, celle-ci n'étant pas engagée dans les achats/ventes contractés entre fournisseurs et distributeurs, et ne pouvant pas, comme nous l'avons souligné, être actionnée au titre de la théorie de l'apparence,⁸⁴¹ cette compensation ne saurait se justifier. En revanche, dans l'hypothèse où seraient démontrées : soit son appartenance à la société en participation constituée avec ses adhérents, soit la requalification de cette commission de gestion en avantage supplémentaire perçu par le regroupement et abandonné par convention à la centrale d'achat, agissant ou non en gérant, on peut penser cette compensation comme pouvant, cette fois, se justifier.

⁸⁴¹ Cf. Supra : n° 407.

§2) Une redéfinition de l'analyse fonctionnelle du référencement

413. Une fois redéfinies la nature des centrales d'achat et les modifications des obligations qui en découlent, il convient, à présent, de tenter de dresser l'état de la situation fonctionnelle créée par cette nouvelle conception du référencement, que nous cherchons à élaborer.

Nous arrivons, ainsi, au terme de notre tentative d'analyse du concept de référencement sous un angle sociétaire et, comme précédemment lors du terme de notre analyse contractuelle, apparaît également l'heure du choix entre les différentes solutions envisageables. En effet, l'objectif final reste de présenter une solution juridique viable pour rendre compte des relations nées de cette relation sui generis. Le choix que nous nous proposons de faire, si l'on veut qu'il présente un quelconque intérêt, doit reposer sur des critères objectifs. Ces critères sont relatifs à la faculté, pour la solution envisagée, de répondre aux contraintes, tant contractuelles que concurrentielles, induites par la situation. Ils consistent, aussi, à respecter au maximum la volonté affichée des parties, et ne pas s'en affranchir, au motif qu'elle contredirait cette interprétation. Ce sont donc ces principes qui vont gouverner notre étude, dans laquelle, comme précédemment, nous chercherons l'alternative fonctionnelle qui nous semble devoir être retenue en procédant par élimination. Nous distinguerons donc, dans notre (A), les différentes solutions envisageables, avant de faire un choix définitif dans notre (B).

A) Un nouveau panel d'alternatives

414. Les conséquences sur l'analyse du référencement qu'entraîne la nature sociétaire des regroupements à l'achat, dépendront de la nature juridique reconnue à cette entité et la place occupée par la structure de regroupement.

On peut envisager trois options possibles :

- qu'il s'agisse d'un intermédiaire de droit commun,
- qu'elle ait le statut de gérant salarié,
- qu'elle ait le statut de gérant en étant membre, à part entière, de la société que constituent déjà ses membres.

Ces trois options génèrent de nombreuses alternatives fonctionnelles qu'il nous faut, à présent, étudier.

1) Le référencieur : simple intermédiaire

415. Cette première hypothèse implique, compte tenu des principes de fonctionnement d'une société en participation, que la gérance soit exercée par un, plusieurs, voire la totalité des distributeurs regroupés.

Elle correspondra, sans doute, à des regroupements de petite taille et/ou d'un secteur très spécialisé, dans lesquels une réelle concertation sur une politique d'approvisionnement pourra être caractérisée entre membres. Leurs comportements devraient être, de ce fait, facilement appréciés par le droit de la concurrence. En sens inverse, on peut imaginer que la société soit l'émanation d'un grand groupe de distribution qui, logiquement, en exerce la gérance ; quand bien même d'autres distributeurs, plus petits, s'y trouveraient associés. Dans tous les cas, cette première hypothèse limite la portée de notre étude. Elle ne change pas fondamentalement les conclusions auxquelles nous sommes parvenus sur le régime juridique applicable au référencement par un raisonnement contractuel et concurrentiel. Au regard de ce que nous avons précédemment estimé, le référencement procédera, alors, d'un contrat de commission ayant, pour objet, la conclusion d'un contrat-cadre d'approvisionnement assorti d'une stipulation pour autrui. Cette qualification du contrat d'affiliation en contrat de commission ne remettra pas pour autant en cause, à notre sens, sa nature d'acte fondateur d'une société en participation entre les adhérents de la centrale. C'est, en effet, la manifestation de volonté de participer, sous l'égide de la centrale, à une action coordonnée avec d'autres distributeurs qui caractérise l'existence, entre eux, d'une telle société, et non le contrat d'affiliation en lui-même. Seule importe l'existence de cette volonté. Comme nous l'avons déjà rappelé, un écrit n'est pas exigible pour caractériser une société en participation.⁸⁴² La situation, au regard des obligations nées du contrat de référencement, n'apparaîtra pas non plus, au premier abord, comme étant fondamentalement différente de celle prévalant dans une analyse purement contractuelle. Il en est de même de ses limites, dans la mesure où restera principalement posée la question de la contrepartie à la commission de gestion perçue.

Quelques différences peuvent être relevées, néanmoins.

416. Première situation : le référencieur centralise les commandes et les paiements de ses membres et apparaît comme seule partie au contrat de référencement.

On sera, ici, dans le cadre d'une société en participation occulte. L'influence de la nature sociétaire se fera sentir, essentiellement, au niveau des rapports entre la structure de référencement et ses membres, dans la mesure où il s'agira, ici, de relations entre une société et un tiers. La particularité, en l'espèce, consiste en ce que la société sera, nécessairement, révélée à ce tiers.⁸⁴³ A ce titre, le référenceur bénéficiera d'un droit à se prévaloir de l'engagement d'achat pris par chacun de ses membres, dans le cadre de la société en participation. Il pourra s'en prévaloir, non pas individuellement, à l'égard de chaque distributeur, comme dans une situation purement contractuelle, et sous réserve que cette faculté soit prévue au contrat d'affiliation ou qu'elle soit reconnue comme faisant partie de l'économie d'un tel contrat, mais solidairement ; conformément aux règles gouvernant cette forme sociale. En effet, la mise en commun du potentiel d'achat constituera, ici, l'objet du regroupement, tout autant que celui du mandat donné à la centrale.⁸⁴⁴ Cette faculté renforce donc, sensiblement, la position du référenceur vis à vis des fournisseurs, par rapport aux situations purement contractuelles étudiées précédemment. Elle lui ouvre la possibilité de s'engager, valablement et sans risques, en terme d'achat ou en terme d'exercice des disciplines du regroupement. Concernant la justification de la commission de gestion, en revanche, la situation reste inchangée par rapport à celle que nous avons précédemment décrite lors de l'étude contractuelle de cette relation. Comme précédemment, faute de pouvoir trouver une prestation de la centrale comme contrepartie à cet avantage, la commission de gestion apparaîtra, de nouveau, comme discriminatoire. Sauf, là encore, à l'analyser en un avantage supplémentaire accordé au regroupement des distributeurs et versé par convention à la centrale par les fournisseurs. Il conviendra, dans ce cas, de faire la même réserve que précédemment concernant le fait que cet avantage, ajouté aux autres déjà perçus par le regroupement des distributeurs, puisse trouver une justification économique.

417. Seconde situation : le regroupement apparaît comme une société en participation ostensible.

Les rapports unissant la centrale à ses membres seront, de nouveau, ceux entre un tiers et une société, emportant les mêmes conséquences. Les rapports du regroupement avec les tiers fournisseurs prendront également cette apparence,

⁸⁴² Cf. Supra : n° 403.

⁸⁴³ Cf. **M. MERLE** << Sociétés commerciales >> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 794 n° 721 " Cette révélation peut s'effectuer de façon très variée... Elle résulte d'un acte positif de gestion et peut ne concerner que certains tiers. ".

mais en emportant des conséquences bien différentes. En effet, la solidarité entre les distributeurs regroupés vis à vis des fournisseurs référencés qu'entraîne ce caractère, ne change en rien les termes de l'engagement sur les volumes de commande du regroupement, engagement que seule la centrale peut, à titre propre, prendre à l'égard des fournisseurs, car elle est, en vertu du contrat d'affiliation, l'unique détentrice du potentiel d'achat regroupé. En revanche, cette solidarité joue pour la réalisation des commandes effectuées et, à ce titre, pourrait apparaître comme un avantage suffisant pour compenser la commission de gestion. Il s'agirait, ici, de la situation déjà plusieurs fois évoquée dans laquelle, faute de trouver sa justification économique dans une obligation de la centrale, la commission de gestion devrait la trouver dans une contrepartie du regroupement des distributeurs.⁸⁴⁵ La différence, cette fois, c'est qu'elle ferait l'objet d'une compensation suffisante pour ne pas être considérée comme discriminatoire, ce qui permettrait de valider, enfin, le versement de cette rémunération.

2) Le référenceur : gérant du regroupement

418. Même si l'hypothèse précédente voyant la structure de référencement en intermédiaire de droit commun méritait d'être abordée, elle ne semble pouvoir convenir qu'à des situations marginales de référencement.

L'appréciation du référenceur comme gérant salarié ou sociétaire, situation plus conforme au fonctionnement normal d'une société en participation,⁸⁴⁶ semble mieux correspondre, sur plusieurs points, à la réalité généralement observable dans une intégration à l'achat. Dans cette réalité, le référenceur est le seul interlocuteur vis-à-vis des tiers et agit toujours en son nom personnel, quand bien même c'est pour le compte du regroupement. Il est vrai que ces caractéristiques peuvent être le reflet de diverses situations juridiques issues de contrats d'intermédiation, mais d'autres particularités doivent être prises en compte, qui sont plus l'apanage de l'action d'un gérant de société en participation. Nous avons, ainsi, déjà eu l'occasion de souligner le rôle complexe joué par l'organe de référencement. Celui-ci ne se contente pas de conclure les contrats de référencement comme un simple

⁸⁴⁴ On a pu également parler d'une "formule exogène" **M. Didier FERRIER** <<Droit de la Distribution>> 3^{ème} édition Litec 2002 p 438 n° 790 ; dans le même sens et pour d'autres qualifications, voir également **Mme M-E ANDRE** <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 27 n° 41.

⁸⁴⁵ C'est-à-dire, l'hypothèse où cette rémunération serait due par le regroupement et versée seulement par convention à la centrale par les fournisseurs.

intermédiaire, mais est au cœur d'une véritable politique commerciale de groupe, dont la recherche du moindre coût n'est qu'un aspect. La pratique critiquée, à juste titre, du déréférencement en est un bon exemple puisque, dans cette situation, le référencier est à l'initiative et contrôle une politique concertée de boycott de produits pour faire pression sur les producteurs. Dans cette appréhension de la réalité de la place de la structure de référencement, on peut constater que le droit de la concurrence est en avance sur le droit des contrats, à travers l'élaboration de la notion d'"entreprise".⁸⁴⁷ Par cette notion, il a pu mettre en cause les agissements des centrales d'achat en tant que "têtes de réseau" de l'entreprise qu'elles constituent avec leurs membres.⁸⁴⁸

419. Indépendamment de la confrontation avec les fournisseurs, d'autres pratiques des centrales d'achat observées et rapportées, prennent également tout leur sens, à la lumière de cette interprétation.

Il en est ainsi de la "réunion de présentation" des produits référencés par la centrale aux distributeurs regroupés, dans laquelle ces derniers expriment leurs besoins et leurs exigences.⁸⁴⁹ Cette réunion qui peut déboucher sur des orientations commerciales de groupe, telles que la recherche d'une gamme de produits de base pouvant être distribués sous des marques d'enseigne, s'apparente beaucoup à une assemblée informelle de sociétaires, dans laquelle le gérant présenterait les résultats de son exercice et où les besoins et la politique commerciale de la société seraient abordés. Cette pratique conforte, par ailleurs, notre vision sociétaire de l'activité du référencier. Elle la conforte, en ce qu'elle peut également être interprétée comme une manifestation de la participation des

⁸⁴⁶ Cf. **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 792 n° 717.

⁸⁴⁷ La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière de responsabilité au sein d'un groupe de sociétés par **l'arrêt Hydrotherm du 12 juillet 1984 de la CJCE affaire 170/83** recueil p 2999 a précisé qu'il fallait entendre par "entreprise" *"une unité économique même si elle est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales (...), de sociétés qui ont un intérêt identique"*.

⁸⁴⁸ **Conseil de la Concurrence, décision n° 02-D-42 du 28 juin 2002** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public *"Considérant que lorsqu'ils sont concernés des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune, le fait qu'ils aient renoncé à leur liberté commerciale pour pratiquer des prix de vente au détail uniformes, prix qui avaient été convenus entre les fournisseurs et la "tête de réseau", s'analyse comme une entente de prix dont le Conseil de la concurrence a estimé, dans sa décision "Gitem" n° 92-D-38 du 9 juin 1992, confirmée par la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 3 juin 1993, qu'elle était anticoncurrentielle ; que la présente affaire n'a pas permis d'établir de concertations directes et explicites au sein des groupements de distributeurs indépendants ; que dans leurs relations avec les fournisseurs, dont ils sont les interlocuteurs uniques, ces groupements doivent être considérés comme des "entreprises", au sens du droit de la concurrence, et que les griefs retenus devaient donc être notifiés aux sociétés "têtes de réseau" (centrale d'achat ou de référencement, etc.) en tant qu'elles ont servi de support à la concertation avec les fournisseurs, pour le compte des entreprises qu'elles représentent "*. La qualification d'entente n'est donc pas incompatible avec celle d'entreprise.

distributeurs membres de la société à sa vie sociale, par le contrôle de l'activité du gérant, ce qui est un élément caractéristique de l'existence d'un affectio societatis.⁸⁵⁰ Dans le même sens, on peut penser qu'une véritable discipline du regroupement en matière d'achat sera plus à même d'être mise en œuvre par le gérant d'un regroupement à l'achat que par un simple intermédiaire. Certes, contraindre un distributeur à une certaine obligation d'achat peut trouver une explication contractuelle dans le contrat d'affiliation, mais au prix d'une interprétation le plus souvent extensive de ce contrat. Cela supposerait que soient caractérisées, dans les contrats d'affiliation ou de groupement, des clauses d'approvisionnement privilégié, si ce n'est exclusif. Ces clauses, indépendamment de toute considération concurrentielle, devraient être reconnues comme partie intégrante de l'économie de tels contrats ; exigence rédhitoire qui, une fois de plus, toucherait aux limites de l'interprétation de la volonté des parties. Cette même obligation inscrite dans un contexte sociétaire, apparaît beaucoup plus simple à justifier, indépendamment de tout indice contractuel. Ainsi, la nature sociétaire d'un regroupement impliquant l'apport du potentiel d'achat de ses membres expliquerait, plus logiquement, que le référencier gérant soit investi d'une autorité sur les commandes dont il puisse se prévaloir auprès des fournisseurs pour obtenir la globalisation des avantages. Il en est de même, a fortiori, de l'exercice de cette discipline, quand elle s'exprime jusqu'à l'exclusion d'un membre du regroupement. On dépasse nécessairement, ici, les limites de l'interprétation s'agissant d'un contrat de commission, ou d'ailleurs, de n'importe quel contrat d'intermédiation. Ces considérations amènent à penser que, dans une majorité de cas, la structure de référencement doit être appréhendée comme gérant de la société en participation que constitue le regroupement à l'achat. Cette qualification du référencier en gérant modifie définitivement notre vision du référencement. Les contrats d'affiliation entre la centrale et ses adhérents cessent d'apparaître comme des contrats de commission, pour revêtir véritablement l'aspect de statuts d'une société, désignant son gérant et fixant les limites de son pouvoir.

B) Un nécessaire choix fonctionnel

420. Comme nous l'avons déjà dit, les contraintes d'interprétation des

⁸⁴⁹ Voir, annexe 4 : fonctionnement de la centrale d'achat LE GALEC.

situations nées du référencement sont relatives, tant au respect des règles contractuelles et concurrentielles, que de la volonté des parties contractantes.

Le respect de ces impératifs nous oblige à abandonner, ou plutôt à reléguer à la marge, les solutions fonctionnelles que nous avons envisagées comme étant susceptibles de concilier les analyses contractuelles du référencement et notre propre analyse sociétaire, et dans lesquelles la structure de référencement agirait en simple intermédiaire d'un regroupement. Seules restent donc viables, au regard de ces impératifs, les solutions où le référenceur est considéré comme gérant. La question qui se pose, à présent, est de savoir s'il convient plutôt d'y voir un gérant salarié, ou sociétaire.

1) Deux solutions possibles

421. Deuxième hypothèse, le référenceur est reconnu comme gérant salarié.

Le gérant, dans ce cas, étant normalement rémunéré pour une prestation de services à l'égard du regroupement, on peut penser, a priori, que sa perception d'une commission de gestion, de la part des fournisseurs référencés, posera les mêmes problèmes maintes fois soulignés au regard du droit de la concurrence. De la même façon, restera également posée la question de sa capacité à s'engager à offrir une contrepartie aux conditions de vente consenties par les fournisseurs. Sur ce dernier point, une première différence par rapport à la situation précédente concernera, comme nous l'avons vu, l'étendue de ses pouvoirs d'engagement.⁸⁵¹ En effet, seront alors en œuvre les principes gouvernant les relations entre un gérant et une société. Au regard de cette définition, le problème précédemment abordé de sa faculté à s'engager, à titre propre, sur un certain volume d'achat ou à mener une action déterminante pour contraindre à l'achat ses adhérents, trouvera une autre expression. Cette possibilité d'engagement recouvrira tous les actes de gestion faits dans l'intérêt de la société et conformes à ses statuts. L'objet du contrat de gérance consistant en une obligation de négociation de conditions de vente comportant des avantages globalisés, et cet objet nécessitant, en vertu des règles de concurrence, certains engagements consentis à l'égard des fournisseurs par la centrale, sa qualité de gérant devrait donc lui permettre de s'engager

⁸⁵⁰ Cf. **M. MERLE** <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition p 76 n° 58.

⁸⁵¹ Cf. Supra n° 418.

personnellement, vis-à-vis des tiers, sur un certain volume de commandes ou une autre contrepartie. De la même façon, dans les rapports internes au regroupement, cette qualité l'autorisera à faire reconnaître ces actes en actes sociétaires, et il sera en droit d'en obtenir l'accomplissement. L'exercice des disciplines du regroupement pourra alors valablement consister, ici, en une contrainte exercée par le référenceur pour que les distributeurs exécutent, auprès des fournisseurs, les obligations issues du fonctionnement de la société qu'ils constituent.

422. Concernant la question de la validité de la commission de gestion, il convient de distinguer selon que la société soit considérée comme occulte ou ostensible.

- Dans la situation d'une société occulte : la centrale étant seule engagée vis-à-vis des tiers, la problématique sera sensiblement la même que pour un intermédiaire de droit commun.

Cette hypothèse d'une société occulte ne change, donc, rien en ce qui concerne cette question de la rémunération de la centrale. Celle-ci faisant écran entre les fournisseurs et ses membres en centralisant les commandes, on serait bien en peine, a priori, de trouver une justification à cette rémunération pour une quelconque action commercialement avantageuse qu'elle exercerait au profit des premiers sur les seconds. Elle devrait, donc, être considérée comme discriminatoire, sauf le cas où, rapportée à l'ensemble des avantages par ailleurs consentis, elle n'entraînerait pas une rupture de l'égalité économique du contrat.

- Dans la situation d'une société ostensible : la qualité de gérant de la centrale change la donne, car elle change la portée des obligations auxquelles les distributeurs sociétaires sont tenus, vis à vis des tiers.

Celles-ci recouvrent, alors, les engagements du gérant conformes à l'objet social, et à ce titre, ceux pris par le gérant en terme de volume de commandes, ou, son expression en terme d'exercice des disciplines du regroupement. Elle recouvre, également, la réalisation effective des commandes programmées et leur paiement, le tout solidairement. Dans ce cas de figure, les fournisseurs créanciers de ces obligations pourront, donc, les exercer directement sur les distributeurs, sans passer par le filtre de la structure de référencement. On peut alors penser, qu'une telle solidarité pesant sur les sociétaires du regroupement sera suffisante pour valider tous les avantages consentis par les fournisseurs, y compris la commission de gestion. En effet, le regroupement à l'achat étant transformé, de fait, en un espace commercial sécurisé, cela semble être une contrepartie suffisante pour couvrir une commission de gestion analysée, comme précédemment, en tant que

rémunération émanant du regroupement versée, par convention, à la centrale.

423. Troisième hypothèse : le référenceur est reconnu comme gérant sociétaire du regroupement à l'achat.

Par delà les avantages de cette solution liés à la reconnaissance de cette qualité de gérant, concernant sa faculté à exercer les disciplines du regroupement, situation qui ne diffère pas de celle abordée précédemment d'un gérant salarié, c'est bien la possibilité d'une justification à la commission de gestion qui apparaît, ici, comme déterminante. L'intérêt des précédentes hypothèses consiste à avoir pu valider dans son exercice sociétaire une relation contractuelle, par ailleurs reconnue comme étant de principe licite.⁸⁵² Elles s'éloignent encore, cependant, des mécanismes conventionnels sur lesquels le contrat de référencement a été établi. Certes, certaines des solutions envisagées jusqu'à présent ont su répondre, avec plus ou moins de bonheur, au problème fondamental de validité du référencement au regard de l'ordre public économique que représente la nécessaire contrepartie à la globalisation des avantages et à la commission de gestion. Il n'en reste pas moins que, dans les contrats de référencement, cette dernière est spécifiée comme contrepartie d'une prestation de la centrale au profit des fournisseurs. Or, toutes les analyses fonctionnelles précédemment étudiées, qu'elles soient contractuelles comme sociétaires, ne parviennent pas à valider ce schéma. C'est la raison pour laquelle, notre dernière alternative qui permet, précisément, d'apporter une réponse à ce problème, nous apparaît, nécessairement, comme étant la meilleure et devant orienter, en pratique, l'interprétation de cette relation.

424. La validité de la commission de gestion repose, dans cette hypothèse, sur les fondements mêmes de la nature sociétaire du référenceur.

On constatera premièrement que, contrairement aux hypothèses précédentes, la centrale est autonome par rapport à ses membres, dans la mesure où elle n'est liée à eux par aucun contrat d'intermédiaire ou de gérance instituant un lien de subordination et justifiant un salaire. Elle perçoit, comme nous l'avons vu lors de l'étude de ses caractères sociétaires, une "économie", liée à sa qualité de membre faisant un apport en industrie ; économie sous la forme d'un avantage commercial monnayable. Cette situation entraîne certains intérêts pour notre étude. Le premier, est de permettre à la centrale d'exercer une prestation de services à l'égard des fournisseurs, sans que l'on doive estimer qu'elle agit, en réalité, conformément à ses engagements contractuels envers ses membres. On ne se

⁸⁵² Cf. Supra : Titre "**Section II : Une licéité de principe**" p 103.

retrouvera donc pas dans l'hypothèse, traditionnellement envisagée, d'une possible requalification de la commission de gestion en rémunération due par les adhérents du regroupement et versée, conventionnellement, par les fournisseurs. Le deuxième intérêt pour notre étude est de donner un fondement économique à cette prestation. Nous avons estimé, lors de l'analyse des caractères sociétaires que pouvait présenter l'organe de référencement, qu'il partageait avec ses membres l'objectif de "*réalisation d'une économie*". Objectif, pris dans son sens large, que l'on pouvait concevoir comme un avantage commercial. Cet avantage est connu, en ce qui concerne les distributeurs regroupés, comme la possibilité d'apparaître comme un seul acheteur et de globaliser les commandes. Cet avantage, concernant le référenceur, ne peut correspondre qu'à la faculté, grâce au regroupement, de commercialiser, auprès des fournisseurs, un service. Si l'on poursuit dans cette logique, on doit se demander quelle est alors "l'économie" que ce regroupement de distributeurs offre à l'organe de référencement, pour qu'il puisse lui permettre de se vendre auprès des fournisseurs ? Résoudre ce problème, validerait le principe d'une commission de gestion basée, comme le prévoient initialement les contrats de référencement, sur une prestation du référenceur à l'égard des fournisseurs, ce qui validerait, du même coup, cette hypothèse d'un gérant sociétaire comme la plus à même de rendre compte du référencement. A cette question capitale de la nature de l'avantage procuré par le regroupement des distributeurs, seules deux réponses peuvent être apportées. Une première est liée à la qualité d'intermédiaire de la centrale, par son action "d'interface" entre le regroupement de distributeurs et les fournisseurs. Une seconde est liée à sa qualité de gérante, en tant que détentrice de la puissance d'achat du regroupement et gardienne du bon fonctionnement de la société.

2) Une solution satisfaisante

425. En ce qui concerne la première possibilité.

On peut penser que l'action "d'interface" entre les fournisseurs et les distributeurs peut correspondre, effectivement, à une réalité commerciale justifiant une compensation financière. En effet, Il est indéniable que, par l'action combinée de la reconnaissance du caractère sociétaire du regroupement et du droit de la concurrence, les regroupements à l'achat se transforment en un espace commercial de plus en plus sécurisé pour les fournisseurs, quand bien même il n'ouvrirait pas de nouveaux marchés justifiant rémunération, comme l'estima en son temps la

Commission de la Concurrence.⁸⁵³ Cet espace, c'est la centrale seule qui le crée, en centralisant la puissance d'achat et en polarisant, comme gérant, les caractères sociétaires du regroupement. Il peut donc être soutenu que l'accès à cet espace puisse faire l'objet d'une rémunération, dont la centrale devrait être la bénéficiaire. La commission de gestion pourrait alors, dans cette hypothèse, être confondue avec la prime de référencement, dont elle emprunterait le régime juridique contraignant issu de l'**article L. 442-6 3° du Code de commerce**, mais pour trouver, cette fois, une contrepartie effective dans l'action du référenceur. Cela supposerait, bien entendu, que la première exigence de l'article : celle d'un engagement d'achat écrit, soit réalisée. Ce qui, en raison de cette même exigence légale comme contrepartie pour la globalisation des avantages, ne pose pas de problème majeur. En effet, sous l'impulsion de ces textes, un tel engagement n'est plus nécessairement une exception et tend, plutôt, à devenir la règle dans les rapports de la grande distribution.⁸⁵⁴ Parallèlement à cette position de "créatrice de l'intégration à l'achat", la centrale pourrait, encore, profiter de l'avantage ou "économie" liée à sa position "d'interface" entre les fournisseurs et ses membres, en monnayant une intervention positive auprès de ces derniers. Nous faisons, ici, allusion à l'action, souvent mentionnée, de favoriser les offres des fournisseurs. Action qui ne pouvait, jusqu'alors, trouver valablement son expression mais qui, dans cette alternative fonctionnelle, trouve enfin sa place. C'est le cas, si l'on tient compte de la liberté du référenceur sociétaire, une fois le référencement effectué, de profiter à son tour de l'intégration à l'achat pour proposer ses services, et si l'on admet que la globalisation des avantages a trouvé une autre justification, par exemple, dans l'exercice des disciplines du regroupement. Cette action de "favoriser les offres des fournisseurs" peut, alors, s'exprimer dans la production et la publicité de la liste des produits référencés auprès de ses membres, et dans diverses réunions de présentation commerciale.⁸⁵⁵

426. En ce qui concerne la seconde possibilité.

La seconde faculté dont peut se prévaloir la centrale est, d'être détentrice du pouvoir d'achat de ses membres. Que l'engagement d'achat soit, ou non, formalisé dans les contrats d'affiliation ou de groupement, il n'en reste pas moins que, l'accomplissement effectif de la commande, reste à l'initiative de chacun des

⁸⁵³ Cf. Commission de la Concurrence : **Avis du 14 Mars 1985** "supercentrales", précité.

⁸⁵⁴ Voir dans ce sens : **Mme Alexandra MENDOZA-CAMINADE** <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011 p 173 n° 610.

⁸⁵⁵ Voir, annexe 4 : fonctionnement de la centrale d'achat LE GALEC. Voir, également : **Isabelle BAUDET** <<Négociations commerciales dans les relations B to B : Guide pratique>> éditions LARCIER p 24.

membres du regroupement. Cela laisse, donc, un champ opératoire à l'existence effective d'une prestation de services, consistant en l'exercice des disciplines du regroupement, et justifiant la commission de gestion perçue. Rémunération d'autant plus justifiée que, l'implication du droit de la concurrence avec l'exigence qui en découle quant à une obligation de résultat en contrepartie de la globalisation des avantages, transforme cet exercice des disciplines du regroupement en une véritable garantie d'achat. Il convient, en effet, de distinguer entre deux choses. La faculté, pour une centrale, de se prévaloir d'un possible exercice des disciplines du regroupement, conçu comme une obligation de résultat, vise à compenser l'aléa d'un approvisionnement sur un volume d'achat détenu par plusieurs clients potentiels au lieu d'un seul et compense, de ce fait, la globalisation des avantages en remplaçant les fournisseurs comme face à un seul gros client. En revanche, l'exercice effectif de cette discipline, donne un avantage commercial aux fournisseurs par rapport à cet hypothétique gros client pour lequel subsisterait un aléa de commande, et surtout, cet exercice par la centrale libère le fournisseur de son accomplissement, en démarches commerciales. En cela, il ne nous apparaît pas a priori discriminatoire qu'une rémunération, sous la forme d'une commission de gestion, ou autre, soit prévue au profit de la centrale qui exercera une prestation de services effective. En sens inverse, l'absence d'une telle rémunération nous apparaîtrait comme étant une discrimination à rebours. Parallèlement, on peut soutenir que, dans sa position de gérant, en exerçant les disciplines du regroupement, la centrale joue un rôle plus complet qu'assurer l'obligation d'achat, et plus permanent, en permettant l'homogénéité de comportement de la personne morale. Cela peut avoir des incidences en terme de commercialisation, dont l'expression négative, souvent mise en exergue, est le déréférencement mais dont l'expression positive est, précisément, le référencement des produits. Référencement, que l'on peut concevoir comme la suppléance de l'action commerciale des fournisseurs exercée, au niveau de ses membres, par la centrale en diminuant ses aléas et sa répétition. Cette aide à la commercialisation, même si elle est contraignante pour les fournisseurs, est une réalité commerciale : un "bénéfice" issu de la construction sociétaire du regroupement que la centrale, en tant que titulaire peut, à notre sens, monnayer. Il est en effet indéniable que, dans son action de référenceur centralisant une grande part de l'activité de négociation commerciale, et souvent de son suivi en matière de commande, de paiement ou de gestion des flux, la centrale, même si elle agit dans l'intérêt de ses membres, sert

également ceux des fournisseurs référencés.⁸⁵⁶ C'est dans ce sens que Mme ANDRE a pu envisager, non sans fondement, son hypothèse du double courtage.⁸⁵⁷ On peut également penser que, la position de gérant indépendant parce que sociétaire, puisse avoir des incidences en terme de sécurité des transactions. En effet, la centrale pouvant ainsi sanctionner les comportements négatifs de certains de ses membres, contribue à assurer la sécurité commerciale au sein du regroupement. Nous rejoignons ici l'idée de MM. Fabre et Sales, qui voyaient dans la sélection de ses membres par l'organe de référencement, une justification à la commission de gestion.⁸⁵⁸ Quoi qu'il en soit, et quelle que soit la solution retenue, la justification de cette commission de gestion se trouve dans la création de l'intégration à l'achat et dans une prestation réelle de la centrale, en tant que détentrice du pouvoir d'achat de ses membres, ce qui distingue cet avantage de la prime de référencement. Elle ne doit pas, de ce fait, relever du régime spécifique de l'**article L.442-6 3° du Code de commerce**, mais trouver sa justification au regard de l'**article L.442-6 1°**, en n'apparaissant pas discriminatoire.

427. Pour appréhender concrètement ces situations, il convient de revenir à la distinction opérée entre l'hypothèse d'un regroupement à l'achat reconnu comme une société en participation occulte, et celle où il apparaît comme ostensible.

- Dans l'hypothèse d'une société en participation occulte :

Le référenceur sociétaire prend en charge toutes les prestations issues du référencement, que ce soit en terme de centralisation des commandes, comme de centralisation des paiements. Il fait, alors, écran entre ses membres et les fournisseurs. A ce titre, il ne saurait se prévaloir de sa position de gérant vis à vis des tiers fournisseurs. En revanche, il peut s'en prévaloir en interne, en exerçant les disciplines du regroupement pour exiger la réalisation des engagements pris par lui à l'égard des fournisseurs, pour le compte de la société, faculté qui lui permet de s'engager valablement en terme d'achat, comme l'exige la réglementation en matière de concurrence. Le référenceur apparaît juridiquement, en l'espèce, comme un grossiste vis-à-vis des tiers. On ne saurait donc parler d'exercice des prérogatives du gérant en matière de discipline, ou de choix des membres, ni déceler, dans cette hypothèse, un espace commercial particulièrement sécurisé qui

⁸⁵⁶ Voir dans ce sens : **Mme Alexandra MENDOZA-CAMINADE** <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011 p 177 n° 623 ; **Mme M-E ANDRE** : <<Les contrats de la grande distribution>> précité p 212 n° 420.

⁸⁵⁷ Cf. Supra : Titre "**§ 2) L'hypothèse du double courtage**" p 244.

puisse justifier une "prime de référencement" ou une "commission de gestion", destinée à compenser cet avantage. Cependant, si les distributeurs sociétaires sont occultés par le biais de la centralisation des achats, ils ne sont pas inconnus des fournisseurs, en raison de la stipulation pour autrui. Ainsi, rien n'empêche que soit valablement prévue, ici, la clause destinée à favoriser les offres des fournisseurs au-delà de l'engagement d'achat consenti par le référenceur. Pareillement, le fait de se présenter en interlocuteur unique et de centraliser les commandes et les paiements reste, à notre sens, une aide à la commercialisation pour les fournisseurs, qui pourraient justifier la commission de gestion perçue.

- Dans l'hypothèse d'une société en participation ostensible :

Les distributeurs seront solidairement tenus, auprès des tiers fournisseurs, par les engagements du gérant et des autres membres. En ce sens, ils seront tenus de leur obligation d'achat conjointe, à l'égard de l'organe de regroupement, et du paiement de leurs commandes. Parallèlement, par son action de gérant, cette fois connue, la centrale garde l'homogénéité du regroupement et en exerce les disciplines, dispensant les fournisseurs d'exercer par eux-mêmes leur droit de recours. Elle garde, donc, une action positive sur la sécurité financière du regroupement et la commercialisation des produits des fournisseurs référencés, indépendamment même, d'un engagement spécifique de favoriser ces derniers, qui s'avère toujours juridiquement possible dans cette alternative fonctionnelle. A ce titre, il n'apparaît pas économiquement infondé qu'une rémunération de la centrale soit prévue, sur la base de l'entrée dans un espace commercial protégé, comme sur la base de l'aide à la commercialisation prodiguée. Il s'agirait donc, ici, de la seule alternative fonctionnelle où puissent être caractérisées les bases juridiques et économiques fondant, légalement, la justification de la perception par une centrale d'achat, à la fois d'une commission de gestion et d'une prime de référencement ; même si ces deux avantages nous semblent devoir être confondus. Cette situation étant conforme à la volonté des parties, telle qu'exprimée dans le contrat de référencement, c'est-à-dire, voyant le référenceur comme véritable cocontractant des fournisseurs et comme prestataire de services à leur égard, c'est naturellement celle qui nous semble devoir être privilégiée. Son adéquation à l'opération de référencement, entraîne le basculement positif de l'analyse du caractère sociétaire de l'organe de référencement au regard des critères de **l'article 1832 du Code civil**, et de ce fait, sa participation pleine et entière aux pertes éventuelles du

regroupement. ⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ Dans ce sens, même si ce n'est pas exactement ce raisonnement qui est tenu par la Cour de Cassation, on peut se référer à l'**arrêt du 16 décembre 2008** (inédit) précité, dans lequel, concernant un accord de coopération commerciale, la cour émet une opinion se rapprochant de la nôtre sur la réalité de la place de la centrale de référencement Casino vis-à-vis de son groupe et en tire les conclusions quant à son engagement : " *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs adoptés que la société EMC distribution n'était pas intervenue seulement comme simple mandataire mais bien comme cocontractant ayant les mêmes pouvoirs que son "pseudo-mandant" à savoir la faculté d'engager la société Casino France dans un contrat cadre, être le seul signataire dudit contrat cadre, être celui qui émet les factures à son en-tête sociale, et, enfin, être celui qui encaisse par règlement à son ordre les sommes facturées* " ; qu'en l'état de ces constatations dont il se déduisait que la société EMC distribution n'était pas tenue de suivre les instructions de la société Casino France, la Cour d'Appel a pu statuer comme elle a fait ; " .

Conclusion du chapitre II

428. La nécessité de chercher une nouvelle approche analytique du référencement, faute que l'analyse contractuelle ait donné une solution satisfaisante, avait été mise en évidence lors du chapitre précédent.

Sa mise en œuvre, dans ce chapitre, supposait de reprendre à la base l'étude de cette relation contractuelle, afin de déterminer quel était le détail pouvant avoir échappé aux raisonnements tenus jusqu'alors, qui soit susceptible d'ouvrir un autre champ d'investigation. Ce détail nous est apparu comme étant le contexte collaboratif dans lequel baigne cette relation. En effet, on peut y discerner, par delà les mécanismes contractuels mis en œuvre, l'objectif commun de l'obtention d'une économie et la volonté d'y parvenir par une action conjointe, volonté que l'on peut analyser comme un *affectio societatis*. S'ouvrait alors à nous de nouvelles possibilités, consistant à appréhender le référencement comme étant une société informelle. Encore fallait-il que les autres éléments de l'**article 1832 du Code civil**, à savoir les apports et la participation aux pertes, puissent être reconnus dans cette relation. Ces problèmes résolus, le regroupement des distributeurs pouvant alors être analysé effectivement comme sociétaire, se posait encore la question de la place de la structure de regroupement. Cette question était plus délicate, dans la mesure où, reconnaître un certain caractère social au phénomène de l'intégration à l'achat des distributeurs, n'entraîne pas nécessairement que l'organe d'intégration y soit impliqué. En effet, celui-ci peut tout aussi bien intervenir auprès de cette société en vertu d'un contrat d'intermédiation. Il nous est pourtant apparu, qu'en raison du rôle central et moteur du référenceur dans cette association de la puissance d'achat, son implication dans le mouvement sociétaire ne devait pas être écartée ; si tant est que l'on ait pu trouver dans ses agissements les éléments fondamentaux de l'**article 1832 du Code civil**. A l'analyse, la démonstration de l'existence de ces éléments fondamentaux s'est effectivement révélée possible, même si la démonstration n'en était pas évidente. Arrivé à ce stade, il convenait, alors, de reprendre l'analyse du référencement en y intégrant les nouvelles données.

Cette démarche a amené à voir, dans l'opération de référencement, une société en participation. En effet, on a pu estimer que cette société n'était pas le fruit de circonstance mais d'un plan concerté, tandis que le référenceur trouvait, assez naturellement, un statut de gérant. Il ne restait plus qu'à en tirer les conclusions, tant dans les rapports internes au regroupement, que dans ceux avec les tiers. Plusieurs solutions fonctionnelles alternatives étant envisageables, la question s'est posée du choix de la plus appropriée. Notre avis s'est porté sur la qualification de la

LE REFERENCEMENT

situation en société en participation ostensible, avec un gérant sociétaire. Cette qualification présente l'avantage d'apporter une solution rationnelle aux obligations prévues par les parties. Le choix de cette solution fonctionnelle, en ce qu'elle tient compte de la réalité des rapports observables dans le cadre d'un référencement, et rend compatibles les obligations prévues par le contrat de référencement avec l'ordre public économique, répond à la fois à la question de la nature de cette relation, celle de son régime juridique et met, de ce fait, un terme à notre étude. Elle apporte la démonstration du principe que nous annonçons dans notre deuxième partie, de l'influence de l'ordre public économique sur le droit des contrats, puisqu'elle est la conséquence directe de l'incapacité de ce droit des contrats à appréhender, seul, une relation pourtant initialement contractuelle, en raison des exigences de cet ordre public économique.

Elle clôt, en cela, la démarche commencée dans notre dernier titre visant à démontrer cette incapacité, et à chercher une solution alternative.

Conclusion du titre II

429. Le choix du dernier titre de la seconde partie de notre étude partait du postulat selon lequel, l'influence de l'ordre public économique, remettait en cause les fondements mêmes de l'analyse du référencement et nécessitait une autre approche du phénomène.

Ce postulat, un peu iconoclaste, nécessitait, pour être justifié, que soit d'abord démontrée l'incapacité de l'approche analytique classique à rendre compte du référencement. Ce n'était pas chose aisée, car cela supposait que chacune des hypothèses contractuelles avancées soit confrontée aux exigences de l'ordre public économique, et que soit trouvée une impossibilité ou une incohérence suffisante, pour que la souplesse naturelle des contrats, ne puisse décemment être invoquée pour valider cette approche. Nous avons, pour cela, dû aller au-delà de l'analyse globale généralement faite des situations envisageables, et poursuivre les raisonnements contractuels induits par ces situations jusqu'à l'extrême logique de leur mécanisme. Or, en s'obligeant à cette démarche intellectuelle, il nous est apparu à chaque fois que, par delà l'apparente conformité de l'hypothèse étudiée, il y avait effectivement un, ou plusieurs, motifs d'incompatibilité. Cette démonstration indispensable effectuée, encore fallait-il avoir une solution alternative à proposer. Comme il s'agissait de relations contractuelles de droit privé, il ne pouvait y en avoir qu'une : celle consistant à ce que, par delà les seules relations contractuelles, se soient greffés des liens sociétaires modifiant les rapports entre les parties. S'agissant de rapports informels, et a priori cachés, leur démonstration, à son tour, n'était pas aisée. La meilleure preuve de leur existence restait encore de démontrer qu'elle était la seule possibilité envisageable, une fois la réalité de l'incompatibilité des solutions contractuelle avérée. Néanmoins, par delà cette évidence logique, nous nous sommes, bien entendu, attachés à prouver que l'on pouvait, dans le cadre des relations nées d'un référencement, trouver les éléments fondamentaux de relations sociétaires. Nous estimons, au regard de notre analyse et des éléments que nous avons trouvés, que cette existence est bien réelle, s'agissant des distributeurs membres du regroupement à l'achat. En revanche, nous admettons fort bien que cela puisse être discuté à l'égard de l'organe de regroupement, qui peut aussi bien apparaître comme tiers à la société formée par ses adhérents. Néanmoins, concernant ce dernier, nous avons quand même pu démontrer la probabilité de la justesse de sa perception en gérant sociétaire. Le principal argument, dans ce sens, restant que c'est l'hypothèse la meilleure pour expliquer les mécanismes mis en œuvre. C'est cette même logique fonctionnelle, que nous

LE REFERENCEMENT

avons toujours suivie, qui est à l'origine des investigations parallèles, initiées dans notre deuxième partie, entre ordre public économique et droit des contrats.

Conclusion de la deuxième partie

430. Confronter, comme nous l'avons fait, les conséquences de l'application de l'ordre public économique aux règles du droit des contrats, n'était pas fortuit.

En effet, la question de la validité du référencement, abordée au début de cette étude, avait démontré que, par delà son principe, qui ne posait pas de problème, certains de ses effets et de ses clauses pouvaient entraîner la mise en œuvre du droit des pratiques restrictives ou de la concurrence. A ce titre, mener une étude fonctionnelle approfondie de cette relation contractuelle sans tenir compte des modifications potentiellement induites par cette réglementation, n'aurait été qu'une construction intellectuelle dénuée de tout aspect pratique, ce qui n'était pas notre objet. Aussi, après avoir présenté, lors de notre première partie, les différentes hypothèses envisagées, il fallait, nécessairement, mesurer leur fonctionnalité à l'aune de cet ordre public économique. A partir du moment où cette dialectique était engagée, le processus logique qu'elle entraînait était assez simple : il fallait, d'abord, repérer les dispositions réglementaires applicables, puis voir celles dont l'application était d'une influence sur le référencement, enfin, tirer les conséquences de cette influence. Cette démarche n'aurait été que descriptive et complémentaire à l'étude contractuelle du référencement menée dans notre première partie, si cette question de l'influence s'était limitée à l'édition d'alternatives fonctionnelles compatibles et incompatibles. Or, ce que nous a appris cette étude, c'est que certaines obligations nées du référencement, dont la validité était discutée, se retrouvaient dans tous les référencements et se révélaient, à l'analyse, indispensables à son existence, ce qui en faisait la cause déterminante. La révélation de cette cause du référencement qu'est la globalisation des avantages a, naturellement, donné à l'analyse de la compatibilité des alternatives fonctionnelles étudiées avec cette pratique, une autre dimension. Ne pouvaient être alors reconnues, comme régime juridique applicable, que des alternatives fonctionnelles compatibles avec les exigences, en l'espèce, de l'ordre public économique. C'est sur ce dernier point que notre démarche logique a buté, dans la mesure où ces exigences de l'ordre public économique, se sont révélées difficilement compatibles avec les analyses contractuelles du référencement, obligeant à envisager une solution alternative. Si une alternative existait, s'agissant de rapports contractuels entre personnes de droit privé, elle ne pouvait être que sociétaire.

Nous nous sommes donc attachés à voir, si ces rapports sociétaires pouvaient exister, et si, l'appel à ces rapports pouvait représenter une meilleure solution

LE REFERENCEMENT

fonctionnelle aux problèmes posés par le référencement. Or, non seulement nous avons pu déterminer les éléments fondamentaux nécessaires à la reconnaissance d'une relation sociétaire dans le référencement, mais de surcroît, cette dernière solution nous est apparue comme correspondant mieux à la réalité des rapports observables entre les parties. C'est la raison pour laquelle, même si des interrogations peuvent subsister quant à notre raisonnement, notamment en ce qui concerne la place du référenceur, nous estimons que notre théorie doit prévaloir. Arrivés ainsi au terme de notre recherche, vient l'heure du bilan.

Conclusion générale

431. Cette étude est partie d'un constat : l'impossibilité manifeste de la doctrine et de la jurisprudence à s'accorder définitivement sur le régime juridique, et par delà, la nature du référencement.

Pour tenter de résoudre ces questions, nous avons pris le parti de reprendre à zéro le problème, afin d'être sûr de ne pas omettre un élément de réflexion susceptible de faire la différence entre deux opinions. C'est ainsi que nous sommes revenus sur des questions aussi fondamentales que l'existence même du référencement, son contexte, sa définition, sa nature contractuelle, et enfin, ses effets. A ce titre, nous avons pu noter que le référencement était indissociable du mouvement d'intégration à l'achat, mais aussi, d'une certaine "dématérialisation contractuelle" de cette intégration à l'achat, dont il était l'aboutissement. Nous avons également repris, en les complétant de nos propres constatations, les premières analyses des auteurs :

- D'abord, en distinguant les trois phases de l'opération de référencement que sont : la conclusion du contrat d'affiliation, ou de groupement, puis la négociation entre la structure de regroupement et les fournisseurs - qui constitue le référencement proprement dit - et enfin, les contrats d'achat/vente qui en sont issus.

- Ensuite, en distinguant non pas deux, mais quatre types possibles de référencements : le référencement ouvert, semi-ouvert, semi-fermé et fermé.

- Puis, en reprenant la démonstration du fondement contractuel de cette relation, au regard des principes fondamentaux de l'**article 1108 du Code civil**.

- Enfin, en vérifiant et rappelant la validité de principe de son existence, au regard de l'ordre public économique.

Pour conclure cette phase préliminaire, mais indispensable à l'étude du référencement, il fallait se déterminer sur la question fondamentale de sa singularité par rapport aux autres contrats d'approvisionnement, singularité portant en elle la question polémique corollaire de son régime juridique.

- Sur le premier point, en reprenant les bases de cette discussion et en poussant l'analyse, nous avons pu conclure sur le caractère sui generis de cette relation contractuelle. Cette singularité est issue de son caractère de contrat complexe et de l'existence de deux éléments fonctionnels cumulatifs de

LE REFERENCEMENT

différenciation par rapport aux autres contrats d'intermédiation proches que sont : la négociation par le référenceur de conditions de ventes et la conclusion, sur le résultat de cette négociation, de relations d'achat/vente directe entre fournisseurs et membres du regroupement.

- Sur le second point, nous avons repris les termes de la polémique, en présentant de manière exhaustive les hypothèses contractuelles dont le référencement a fait l'objet, en tâchant, une nouvelle fois, de pousser les raisonnements des auteurs jusqu'à l'extrémité de leur logique, afin d'en déterminer les limites. Cette démarche nous a permis d'entrevoir certaines situations pas encore envisagées. Cette approche préliminaire a abouti à un second constat : l'impossibilité d'appréhender le référencement à travers une unique définition contractuelle, compte tenu de ses variations. Face à ce nouveau constat, est apparue la nécessité de mettre au moins un peu d'ordre dans la jungle des hypothèses, partant de l'observation qu'elles n'étaient pas toutes égales en qualité. A ce titre, il convenait d'abord de déterminer, parmi les obligations issues du référencement, celles dont les conditions de validité au regard de l'ordre public économique seraient susceptibles d'avoir une influence sur ce contrat. Il s'est avéré que c'étaient, pour l'essentiel, les nouvelles obligations nées du regroupement à l'achat qui étaient susceptibles d'avoir cet effet. Cette influence identifiée, il devenait facile de dresser la liste des hypothèses fonctionnelles compatibles et incompatibles, selon les obligations contenues dans les contrats de référencement. Cependant, le véritable tri parmi les différentes solutions envisageables, ne pouvait se faire que s'il existait une ou plusieurs de ces obligations dont la validité serait absolument nécessaire à cette relation contractuelle, sous peine de nullité. Cette recherche s'apparentait, donc, à celle de la détermination d'une cause au référencement, cause trouvée dans l'action de globalisation des avantages. Cependant, ce contrat complexe s'insérant dans le contexte contractuel plus large de l'opération de référencement, et cette opération nécessitant un contrat d'intermédiation préalable avec un organe d'intégration à l'achat, la cause de ce contrat d'intermédiation devenait pareillement nécessaire à l'existence de l'opération de référencement. Par conséquent, elle devenait également nécessaire au référencement lui-même. Cette cause a été identifiée dans le paiement d'une commission de gestion. Les contreparties nécessaires à l'existence du référencement étant ainsi identifiées, il restait à déterminer la solution fonctionnelle la plus adaptée. Après analyse des différentes hypothèses, au regard de ces exigences, la solution la meilleure s'est révélée être celle d'un contrat-cadre d'approvisionnement assorti d'une stipulation pour autrui, en vertu d'un contrat d'entreprise ou de commission préalable. Il s'est cependant avéré que, quelle que soit l'hypothèse envisagée, elle ne remplissait pas toutes les obligations imposées

par l'ordre public économique pour la validité du référencement. Force était, alors, d'envisager une autre solution, plus satisfaisante. L'idée d'une hypothèse sociétaire est venue d'un autre constat, négligé jusqu'à présent, celui de la mise en commun du potentiel d'achat de chaque adhérent au mouvement d'intégration en vue de produire une économie, situation qui pouvait suggérer l'existence d'une volonté dépassant le cadre d'une simple entente commerciale. Encore fallait-il constater, par delà ce fait juridique, la réalité des conditions d'une existence sociétaire, au regard de toutes les exigences de l'**article 1832 du Code civil**. Sur ce point, nous avons pu prouver que cette action de regrouper les potentiels d'achat en vue de réaliser des économies révélait, outre le premier critère de l'**article 1832 du Code civil**, également un affectio societatis entre les membres de l'intégration à l'achat, au même titre que ce potentiel d'achat constituait l'apport nécessaire à la reconnaissance du phénomène sociétaire. La possibilité d'une participation aux pertes, pour sa part, pouvait se déduire de l'engagement d'achat par l'intermédiaire du regroupement, inhérent au fonctionnement de ce type de structure. Cette question résolue, restait en suspens celle de la place de l'organe de référencement, dont l'intégration sociétaire, pour être possible, n'en est pas, pour autant, certaine.

Cependant, l'intérêt de cette théorie "sociale" du phénomène d'intégration à l'achat aurait été limité s'il n'avait pas permis de résoudre les contradictions et incompatibilités fondamentales relevées lors de son étude contractuelle. Nous nous sommes donc attachés à démontrer, lors de l'étude des schémas fonctionnels de cette hypothèse, sa capacité à lever ces objections. A ce titre, la solution fonctionnelle rassemblant tous les éléments de conformité, tant au regard des exigences de l'ordre public économique que de la volonté exprimée des parties, s'est révélée être celle intégrant la centrale d'achat comme gérant sociétaire du regroupement. La logique consiste, donc, malgré les interrogations soulevées quant à la place de la structure de référencement, à privilégier cette analyse. C'est ce constat qui nous pousse à voir dans notre thèse, quelles que soient par ailleurs ses difficultés d'application et ses conséquences pratiques pour le monde de la grande distribution, une véritable alternative aux jurisprudences actuelles pour interpréter les situations de référencement.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Abus de dépendance économique	133–37
Abus de position dominante	130–33
Agent commercial	48, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 391
Agent d'affaires	390
Association	32, 34, 41

B

Bénéfices	32, 41, 58, 60, 417, 428
Bouton de porte	Voir Prime de référencement

C

Cause	92, 98–101
Des contrats de référencement	96, 201, 256, 258
Du contrat d'intermédiation	385
Du référencement	386, 387, 412, 469
Licéité de la Cause	96
Centrale d'achat	
Définition	16–21, 34, 35
Nature juridique	123, 416, 428, 440, 441, 444
Statut	448, 454, 473
Centrale de référencement	21
Centralisation des achats	79, 463
Centralisation des commandes	40, 79, 183, 186, 330, 443
Centralisation des factures	79, 184
Commission de gestion	
Analyse fonctionnelle	314–26, 385, 395
<i>Contrat de société</i>	428, 431, 433, 437
<i>Double courtage</i>	359
<i>Mandat</i>	355
<i>Stipulation pour autrui</i>	404, 406, 408, 409
Contrepartie	314
Définition	78, 114, 225, 305–9
Contrat d'affiliation	17, 19, 20, 35, 36, 52, 94, 131, 154, 414, 440, 442, 471
Contrat de Commission	
Définition	42, 44–49
Distinction du référencement	150, 160–63
Solution fonctionnelle	397–400, 410

LE REFERENCEMENT

<i>Alternatives fonctionnelles</i>	404-7
Contrat de groupement	20, 52, 190, 248, 345
Contrat de référencement	52, 84, 142, 153-55
Contrat d'entreprise	222-25, 225, 317, 389, 390, 403, 404, 410, 472
Contrat unilatéral	
Définition.....	85-87
Solution fonctionnelle.....	202-5, 221, 354, 415
<i>Alternatives fonctionnelles</i>	205-7, 240, 316, 319
Coopérative	17, 55, 56, 58, 416
Corbeille de la mariée	301
Courtage	
Définition.....	42, 44-49, 164, 231
Solution.....	346
Solution fonctionnelle.....	233-36
<i>Double courtage</i>	228, 243-54, 415
<i>Alternatives fonctionnelles</i>	333, 334-36, 360-63
<i>Simple courtage</i>	237-40, 387, 388, 393-97, 415
<i>Alternatives fonctionnelles</i>	240-42, 332, 334, 357

D

Déréférencement	12, 90, 116, 129, 431, 454, 461
Droit d'entrée	121, 288, 290, 294, 295, 297
Dueroire	154, 319, 323, 324, 336, 337, 354, 360, 362

F

Franchise	294
------------------------	-----

G

Garantie	39
Garantie d'achat.....	<i>Voir</i> Dueroire
Garantie de paiement.....	216, 230, 274, 307, 319, 325, 326, 330, 331, 333, 334, 349, 350, 351, 434
GIE	32, 33, 34, 41, 47, 48, 60
Groupement d'achat	
Définition.....	16-21, 32, 36, 57, 58, 131
Nature juridique.....	123, 124, 416

M

Mandat	
Définition.....	42, 44-49, 64, 163
Solution fonctionnelle.....	207-14, 221, 387, 389, 393-97, 415
<i>Alternatives fonctionnelles</i>	315, 316, 319, 332, 333, 336, 344, 354, 355
Mandataire d'intérêt commun	66, 431

LE REFERENCEMENT

O

Objet	92
Licéité de l'Objet.....	96, <i>Voir</i> Licéité de la Cause
Objet d'un référencement fermé.....	93
Objet d'un référencement ouvert.....	92
Objet d'un référencement semi-fermé.....	93
Objet d'un référencement semi-ouvert.....	93
Offre	82, 85, 86, 207, 210, 215, 233, 436
Opération de référencement	51–53

P

Porte-fort	154, 323, 336, 356, 406
Potentiel d'achat	16, 267, 422, 423, 426, 452, 473
Prime de référencement	
Analyse fonctionnelle.....	331–38
Contrepartie.....	327–31
Définition.....	288–92
Probabilité de vente	311, 315, 319, 369, 381
Promesse de vente	86, 219, 247, <i>Voir</i> Contrat unilatéral

R

Rabais	<i>Voir</i> Remise
Référencement	
Définition.....	42, 49–51, 52, 80, 81–84
Distinction du contrat de commission.....	160–63, 184
Distinction du Courtage.....	252–54
Distinction du mandat.....	183, 195
Nature sui generis	152–65
Patrimonialité	293–95
Référencement fermé	76, 81, 87, 93, 208, 319, 388, 390
Référencement ouvert	76, 80, 81, 84, 92, 207, 220, 319
Référencement semi-fermé	81, 93, 217
Référencement semi-ouvert	80, 85–86, 93, 204
Remises	263
Remises conditionnelles	<i>Voir</i> Ristournes
Remises de fidélité	270, 271
Remises sur quantité.....	266, 268, 271, 287
Ristournes	263
Remises de potentiel.....	267, 271
Remises d'objectifs	268, 271, 329

S

Société

Affectio societatis	17, 430-31, 455
Apports	422
<i>Apports en industrie</i>	432, 433, 435
<i>Apports en nature</i>	422
Contribution aux pertes.....	33, 417, 424-26, 434
Société apparente	445, 446
Société civile	47, 48
Société de fait	417, 418, 420, 434
Société de moyens	424, 429
Société en participation	
Solution fonctionnelle.....	440-43, 447
<i>Alternatives fonctionnelles</i>	447-55
<i>Société occulte</i>	443, 444, 446
<i>Société ostensible</i>	447
Solidarité	344-47, 349, 351, 447
Stipulation pour autrui	
Solution fonctionnelle.....	216-21, 393, 415
<i>Alternatives fonctionnelles</i>	206, 221-25, 245, 325, 346, 400

V

Vices du consentement	89, 91
Dol	89, 91
Erreur	89
Violence.....	90, 91

Bibliographie

Manuels :

BEHAR-TOUCHAIS, VISSARAMY : <<Les contrats de la Distribution>>. Traité des Contrats sous la direction de Jacques Ghestin

BURST et KOVAR <<Droit de la concurrence>> éd. ECONOMICA

CARBONNIER : "Droit Civil" T 2 n° 116 P.U.F

DELEBECQUE, GERMAIN << Traité de droit commercial tome 2 >> 11ème édition

FERRIER <<Droit de la Distribution>> Litec 5^{ème} édition

GHESTIN Traité de Droit Civil << La formation du contrat >> 3ème édition

GUYON Droit des affaires 12^{ème} édition tome 1

Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET <<Droit de la concurrence>> Précis DALLOZ

MENDOZA-CAMINADE <<Droit de la distribution>> Montchrestien Lextenso éditions 2011

MERLE : <<Sociétés commerciales>> Précis de Droit commercial DALLOZ 17^{ème} édition

MESTRE, PANCRAZI, ARNAUD-GROSSI, MERLAND, TZGLIANO-VIGNAL <<Droit commercial>> 29^{ème} édition LGDJ p 832 n°1064

MOUSSERON <<Technique contractuelle>>. 2ème édition 1999

RIPERT ET ROBLLOT <<Traité de Droit Commercial>> T 1 LGDJ 15ème édition

TERRE, SIMLER et LEQUETTE << Les obligations>> Précis DALLOZ 11^{ème} édition

Encyclopédies :

BENABENT <<Le contrat de commission>> Jurisclasseur Contrat/distribution 1992 Fascicule 480

CHAUVET "Commissionnaire" répertoire commercial DALLOZ

DE CHASTEIGNIER <<Contrat de courtage>> Jurisclasseur Contrat/Distribution, Fascicule 490

DEVESA <<Courtage. Courtiers libres>> Jurisclasseur Commercial 1998 fascicule 345

DURANTON <<Courtiers>> Répertoire commercial DALLOZ

FABRE, MASSIN et SERSIRON <<Regroupements à l'achat "relations juridiques">> Jurisclasseur Contrat-Distribution 2011 Fasc. 1121

RETTNER <<Contrat de référencement>> Jurisclasseur commercial fasc. 320

VIVANT <<Convention de ducroire>> Jurisclasseur "Contrats Distribution fascicule 955

Ouvrages :

ANDRE <<Les contrats de la grande distribution>> LGDJ 1991

AZEMA <<Droit Français de la concurrence>> P.U.F, 2ème édition 1989

LE REFERENCEMENT

BIOLAY << Droit de la distribution commerciale>> EYROLLES "Collection pratique du Droit"
DELEBECQUE<<Le contrat d'entreprise>> DALLOZ "Connaissance du droit" 1993
DEVESA << l'opération de courtage>> LITEC 1994
DUCCROQ << Concurrence et stratégies dans la distribution>> Vuibert entreprise 1991
JACQUIAU <<Les coulisses de la grande distribution>> Edition Albin Michel 2005
MOUSSERON <<Producteurs – Distributeurs : quelle concurrence ?>> Actualités de droit de l'entreprise n° XV, LITEC 1986
VIGNY << LA DISTRIBUTION Structures et pratiques>> DALLOZ 1994

Ouvrages collectifs :

BURST, MOUSSERON, GORE, SEUBE, LAVABRE, CALAIS-AULOY, SCHMIDT, MERCADAL, JAUFFRET et autres intervenants... <<Colloque sur les services communs d'entreprises>> IVème Journée d'Actualité du Droit de l'Entreprise, Montpellier 1972, Litec 1973 Collection "Actualité du droit de l'entreprise"
CAS, BOUT et FERRIER << Droit économique : Concurrence-Distribution-Consommation>> Lamy 1991 et éditions ultérieures
FABRE et SALES: <<Les regroupements à l'achat>> LITEC 1984
MERCARAL et MACQUERON. "Le droit des affaires en France" Edition Francis Lefebvre
MOUSSERON, BURST, CHOLET, LAVABRE. LELOUP, SEUBE <<Droit de la distribution>> Bibliothèque de droit de l'entreprise n°IV LITEC 1975
SICOT, VATIMBELLA <<La distribution>> Collection Alternatives économiques 1990.

Thèses :

BERNARD << les coopératives de commerçants détaillants>> Thèse Paris 1975
BROS << L'interdépendance contractuelle>> Thèse Paris 2001
PICQUET : <<Les sociétés coopératives d'achat en commun>> Thèse Paris 1941
SORIA <<Etude juridique et fiscale des centrales d'achat>> thèse Paris 1962
THESSIE <<Les groupes de contrats>> Thèse Montpellier 1975

Rapports :

CONSEIL DE LA CONCURRENCE : <<Rapport au parlement sur les pratiques tarifaires>> BOCCRF 12 janvier 1991.
COMMISSION DE LA PRODUCTION ET DES ECHANGES. <<Rapport concernant le projet de loi n° 2591 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. N° 2595>> 6 mars 1996. Rapporteur J.P CHARRIE.
COMMISSION DE LA PRODUCTION ET DES ECHANGES : Avis du 4 avril 2000 sur la réforme de la **loi du 15 mai 2001** relative aux nouvelles régulations économiques
COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES, DE L'ENVIRONNEMENT ET DU TERRITOIRE <<Rapport sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs>> 15 novembre 2007. Rapporteur M. RAISON.

LE REFERENCEMENT

Articles :

ANDRE <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2

ANDRE "Centrales et Supercentrales" Cahiers de Droit de l'Entreprise 1985. 4 (Structures de la Distribution)

ANDRE <<Centrales d'achat : commissionnaires ou mandataires ? >> Cahier de droit de l'entreprise 1986. 3

ANDRE <<Ristournes et commissions de gestion >> Cahiers de droit de l'entreprise 1989 (Distribution et Contrats)

ARHEL <<Les conditions générales de vente>> Revue Concurrence et Consommation, juillet août 1993 p 10.

BIOLAY << Les relations entre l'industrie et la grande distribution>> Les petites affiches 17 avril 1991 n° 46

CHAPPERT et ESCALLE << Les relations entre Producteurs et Distributeurs : Une approche empirique>> "Economie et prévision" n° 88-89 . 1989

DELEBARRE et LAVABRE <<Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement>> Chronique DALLOZ 1985 XXIX p 165

FERRY et MOMEGE <<l'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?>> JCP entreprise 1985 II 1441 p 166

MOUSSERON <<le mort saisit le vif>> JCP entreprise 1987 II 14840 p9 n°41.

MOUSSERON Marianne <<Centrales et Supercentrales>> Cahiers de droit de l'entreprise 1985/4

MOUSSERON, MARMAND et autres intervenants <<Table ronde : les centrales d'achat>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1982

PEDAMON : <<Les relations entre l'industrie et la grande distribution : une nouvelle donne>> dans le colloque sur <<Le contrat-cadre de distribution>>, Semaine Juridique Entreprise, supplément ¾ du 31 juillet 1997 p 59

PICAND-L'AMEZEC << L'obligation des associés en participation envers les tiers >> Revue des sociétés 1990 p. 567

PIETRANCOSTA : <<Les hypercentrales au regard du droit de la concurrence>> Les petites affiches 10 août 1988

PIGASSOU "les conditions de vente" D. II 1990 p 165

RETTNER <<Le Contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence>> JCP Cahiers de Droit de L'Entreprise n° 2 Année 1999

SELINSKY << Le contrat de référencement existe-t-il ?>> note sous **Arrêt Cour d'Appel de Versailles du 16 déc. 1987**, Petites Affiches n° 43, 8 avr. 1988.

SELINSKY <<(Dé)Référencement et droit de la concurrence>> Cahier de droit de l'entreprise 1983-3

VISSARAMY << le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels>> DALLOZ 1988 Chronique XVIII n° 7

VOGEL << Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement>> Semaine juridique entreprise 1997 n° 50 p 517

Textes réglementaires :

Loi du 1er juillet 1996 (dite loi Galland

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

Décret n° 2002-689 du 30 avril 2002

Loi n° 2003-7 du 3 janv. 2003

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005

Loi du 6 janvier 2008

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008

Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

Circulaire Scrivener du 10 Janvier 1978 relatives aux relations commerciales entre entreprise JO du 12 Janv. 78

Circulaire du 22 Mai 1984, dite circulaire Delors, relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprise BOCCRF BOSP n° 9 24 Mai 1984

Jurisprudence :

TGI de Strasbourg 29 sept 1983 Sopegrossistes et Durand c/ Sopegros rapporté en annexe de l'article de **Mme M.E ANDRE** <<Le contrat de référencement, reconnaissance jurisprudentielle>> Cahiers de Droit de l'Entreprise 1984/2

Tribunal de commerce de Paris 13 juillet 1983, affaire Sopegros, TIP-France. Lettre de la distribution 1983/9.

Commission de la Concurrence : Avis du 14 Mars 1985 "supercentrales" J.O 19 avril 1985 p 131

Tribunal de commerce de Paris 2 juillet 1985 Lettre de la distribution octobre 1985 p 4

Commission de la Concurrence : Avis du 30 Octobre 1986 " DI FRA" "ARCI" et "SERFAAL". BOSP n°2 du jeudi 29 janvier 1987 p 22, 26 et 30

Cour d'Appel d'Amiens 17 octobre 1987 Aff. Sopegros c/ Café quotidien-Vaudour inédit, cité par **Mme M.E ANDRE** dans <<Les contrats de la grande distribution>>

Cour d'Appel de Versailles, 13° Chambre, 16 décembre 1987, Sté Sole France C/S.G.C.C. P.A 8 avril 1988 n° 43

Cour d'Appel de Versailles 29 Septembre 1988, semaine juridique Ed générale 1989 II 21190

TC Nanterre 29 nov. 1988 PA 8 mai 1989 n° 29 Note C.Nerot

Cour de Cassation Chambre commerciale 6 décembre 1988, Lettre de la distribution 1989/2, Lamy économique 1991 n° 6160 p 1212

Cour de Cassation chambre commerciale 16 décembre 2008 N° de pourvoi: 08-13162 (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr)

Cour de Cassation Chambre commerciale 23 octobre 1990. Bull civ. IV, n°257

Cour de Cassation Chambre commerciale 28 mai 1991, Bulletin 1991 IV N° 196 p. 139

Cour de Cassation chambre commerciale 22 mars 1994 Sté Peter Kaiser c/ Sté Lévy Bloch et autres Bull. Civ. IV n° 124 ; Sommaires Commentés DALLOZ 1995 p 80

Décision 94 D 60 du Conseil de la Concurrence du 13 décembre 1994 "pratiques

LE REFERENCEMENT

relevées dans le secteur des lessives", 8ème rapport d'activité du Conseil de la Concurrence p 508

Cour de Cassation Chambre commerciale 27 février 1996, Bulletin 1996 IV N° 66 p. 52

Conseil de la Concurrence, Avis n° 97A04 du 21 janvier 1997 Relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution

Cour de Cassation Chambre commerciale 14 mars 2000 société Arco contre Société Soreau (Arrêt disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr).

Conseil de la Concurrence : Décision n° 03-D-39 du 4 septembre 2003

Conseil de la Concurrence : Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra

Références électroniques:

M.E. LECLERC <<De quoi je me MEL>> Tribune Internet du groupe LECLERC www.michel-edouard-leclerc.com/

M.LEPECHON <<Créer une centrale d'achat pour renforcer son réseau de franchise>> martinlepechon@avocat.org.

Fiches pratiques D.G.C.C.R.F: www.economie.gouv.fr/dgccrf

Ric BARBRY <<le journal du net, rubrique juridique>> <http://www.cyberlex.org/>



Philippe VALLAS



LE REFERENCEMENT

Contribution à l'étude de la nature
juridique d'un contrat majeur de la
grande distribution

Mots Clefs :

Abus de domination	Généralisation des avantages
Agent commercial	Globalisation des avantages
Agent d'affaires	Groupement d'achat
Commission de gestion	Mandat
Contrat cadre	Porte-fort
Contrat complexe	Position dominante
Contrat de commission	Pratiques restrictives
Contrat d'entreprise	Prime de référencement
Coopérative	Référenciation
Courtage	Société de fait
Double courtage	Société en participation
Ducroire	Stipulation pour autrui
Entente	sui generis

Résumé en français

Le référencement est la technique contractuelle d'approvisionnement majeure de "la grande distribution". Apparue dans les années 70, elle partage son nom avec une pratique du "e-commerce" avec laquelle elle n'a, pourtant, aucun rapport.

C'est un mode de regroupement de la puissance d'achat, reconnu par un arrêt du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg du 29 septembre 1983 comme une relation tripartite, dans laquelle la structure de regroupement (référéncieur) en vertu d'un "contrat d'affiliation" ou "de groupement" négocie des conditions de ventes, dans un "contrat de référencement" avec les fournisseurs, dont ses membres (distributeurs) pourront directement se prévaloir pour conclure des contrats "d'achat/vente". Ces différentes phases sont liées, ce qui en fait un "contrat complexe" et "sui generis". Elle se révèle polymorphe, ce qui a donné lieu à de multiples hypothèses fonctionnelles : contrat unilatéral, mandat, contrat de commission, courtage, stipulation pour autrui, et ses effets peuvent impacter l'ordre public économique. A l'étude, règles contractuelles et règles de concurrences interagissent entre elles au détriment d'une nécessaire sécurité juridique, d'où la recherche d'éléments sur lesquels bâtir un régime stable. On les trouve dans la "globalisation des avantages", formant la cause du référencement, et la "commission de gestion", qui forme celle de l'intervention du référéncieur. La confrontation de leurs conditions de validité aux hypothèses émises se révélant peu satisfaisante, nécessite de s'orienter vers une approche sociétaire du problème, seule à même de répondre, valablement, à la question de la nature du référencement et de son régime juridique.

Résumé en anglais

Indexing is the major contractual supply technique used by mass retailing. It appeared in the 1970s, and shares its name with an e-commerce practice, with which it has no connection.

It is a way to consolidate purchasing power, recognised by the *Tribunal de Grande Instance* in Strasbourg on 29th September 1983 as a tripartite relationship, in which the consolidating structure (index specialist) negotiates the terms and conditions with the suppliers in a indexing contract, using a registration contract or syndicate contract, which its members (distributors) can directly rely on to conclude purchase or sale contracts. These different phases are linked, which makes a "complex contract" and "*sui generis*". This technique shows itself to be multipurpose, which gives rise to numerous functional situations such as unilateral contracts; agents; agency fees; brokerages; stipulations for a third party; and it can also have an impact on the public economic order. Through studies one realises that contractual and competition rules interact with each other to the detriment of a necessary judicial structure, thus leading to the research of elements on which a stable regime can be created. One can find these elements in the globalisation of advantages, which is the reason for indexing, and in agency fees, which is the reason for the index specialist's involvement. The confrontation of conditions of validity with the various situations is unsatisfactory, which makes it necessary to turn towards an institutional approach, the only way to adequately respond to the question of indexing's nature and legal regime.

Annexes

Annexe 1 : Contrats d'affiliation

Contrat de la Centrale CRIC

**CENTRALE DE REFERENCEMENT ET D'INFORMATIONS COMMERCIAL BP
30713 - 03000 AVERMES –SARL au capital de 7500 € - SIR**

CONTRAT D'ADHESION

ENTRE :

CRIC

Centrale de Référenceement et d'Informations Commerciales

SARL au capital de 7500€

Ayant son siège social à LA MAISON NEUVE-RN7-BP30713- 03005 MOULINS

Immatriculée au RCS sous le n°451 276 950

Représentée par M Kotoff, gérant,

ci-après dénommée "CRIC"

D'une part

ET

(personnes physiques)

Monsieur ou Madame (nom/prénom).....

Né le.....

nationalité.....

Commerçant demeurant

à.....

Immatriculé au registre du commerce et des sociétés

de..... sous le

numéro..... ,

Marié/e/s sous le régime de la communauté légale (ou sous le régime de

..... aux termes de son contrat de mariage passé devant

Maître....., notaire à..... , le.....,

préalable à leur union célébrée le..... à la mairie de..... ,

OU

(personnes morales)

La société..... au capital deeuros dont

LE REFERENCEMENT

le siège est à....., immatriculé au registre du commerce et des sociétés de..... sous le numéro.....

Prise en la personne de son représentant légal, Monsieur demeurant

à.....

ci-après dénommée "l'Adhérent"

d'autre part,

Ci-après dénommées collectivement "les parties"

Il a préalablement exposé ce qui suit :

CRIC gère une centrale de référencement à laquelle adhèrent des commerçants indépendants, principalement de proximité.

Elle a pour mission de faire bénéficier ses Adhérents des meilleures conditions d'approvisionnement et de conditions commerciales préférentielles auprès de ses fournisseurs pour tous articles et produits de ménage, d'équipement de la maison, d'entretien, de parfumerie, de bricolage, d'électricité, de jardinage, de loisirs, de papeterie et de cadeaux.

ART. 1er. – Objet

Le présent contrat a pour objet de définir les relations entre CRIC, filiale de DESAMAIS

DISTRIBUTION et l'Adhérent et de préciser les modalités et les conditions selon lesquelles l'Adhérent peut s'approvisionner auprès de fournisseurs référencés par CRIC aux conditions particulières de vente accordées par les fournisseurs aux adhérents de CRIC.

Le préambule et les annexes sont incorporés au contrat et sont indissociables de celui-ci. En cas de contradiction entre le texte du contrat et l'une quelconque de ces annexes, le contrat prévaut.

ART.2. – Conditions d'adhésion

La qualité d'Adhérent CRIC est réservée aux magasins de détail distribuant des produits relevant du domaine des produits du fournisseur rappelés en préambule et ayant acquitté à la société DESAMAIS DISTRIBUTION une cotisation d'enseigne EUREKA MA MAISON ou une cotisation pour tarif préférentiel.

Le gérant de CRIC décide souverainement de l'agrément des candidats à l'adhésion après étude financière.

Etant donné que CRIC se porte garant du paiement de ses adhérents, l'Adhérent s'engage à fournir son dernier bilan dès son entrée dans CRIC et à lui procurer chaque année son nouveau bilan.

L'adhérent sous l'enseigne EUREKA MA MAISON verse, à titre de droit d'entrée à CRIC la somme HT de 100 euros.

Cette somme lui sera restituée en cas de départ de CRIC à condition que toutes les factures de l'adhérent aient été acquittées.

L'adhérent non EUREKA MA MAISON verse, à titre de droit d'entrée à CRIC la somme HT de 150 euros.

LE REFERENCEMENT

Cette somme lui sera restituée en cas de départ de CRIC à condition que toutes les factures de l'adhérent aient été acquittées.

L'adhérent non EUREKA MA MAISON s'acquitte également d'une cotisation CRIC d'un montant HT de 10 Euros par mois payable au semestre soit le 30/06 et le 31/12 de chaque année.

CRIC se réserve le droit de suspendre l'adhésion de tout Adhérent confronté à des problèmes financiers graves tels que incidents de paiement répétés, déclaration de cessation de paiements, redressement judiciaire, non respect des clauses du contrat, etc.

ART.3. – Opérations de référencement

L'Adhérent mandate CRIC pour rechercher, sélectionner, et référencer tous les fournisseurs et tous produits et tous services susceptibles d'être utilisés par les adhérents.

A cette fin, les informations régulièrement communiquées par CRIC reprendront les fournisseurs ainsi sélectionnés, les références des produits et services qu'ils proposent, ainsi que les conditions tarifaires et conditions particulières de vente auxquelles ces divers produits et services sont proposés.

ART. 4. - Commissions perçues par CRIC

CRIC conservera les commissions qui lui seront versées au titre de ses prestations de référencement.

ART. 5. – Gestion des commandes et de la facturation

L'Adhérent passera commande directement auprès des fournisseurs sélectionnés, réceptionnera les produits ainsi commandés. Les commandes sont fermes et définitives pour les adhérents. Ils ne peuvent donc ni les annuler, ni refuser la livraison.

Les marchandises restent la propriété du fournisseur et seront livrées directement par celui-ci selon les conditions fournies CRIC conformément aux accords passés avec les fournisseurs par contrat.

Les fournisseurs factureront CRIC qui réglera la facture comme il aura été convenu entre eux.

CRIC facturera pour le compte des fournisseurs les produits ainsi acquis à l'adhérent qui s'engage à les lui régler aux termes convenus.

ART.6. – Obligations de la Centrale

6.1. Informer les adhérents

CRIC informera régulièrement l'Adhérent de son activité générale de recherche de nouveaux fournisseurs référencés, des produits et services qu'ils commercialisent et des conditions tarifaires auxquelles ils leur seront proposés.

6.2. Assister l'adhérent

CRIC assistera l'Adhérent en cas de difficulté dans sa relation avec les fournisseurs et restera l'interlocuteur privilégié des ces derniers notamment en cas de litiges non résolus directement entre eux.

6.3. Reverser les remises

LE REFERENCEMENT

Dans la mesure où CRIC recevrait de la part des fournisseurs référencés des remises au nom et pour le compte des Adhérents, elle les reversera en intégralité à ces derniers.

ART. 7. – Obligations de l'adhérent

7.1. Priorité d'approvisionnement

L'Adhérent s'engage à commander les produits, de préférence, aux fournisseurs référencés aux conditions négociées.

L'Adhérent accepte que CRIC soit rémunérée pour son travail.

7.2. Réceptionner les livraisons

L'adhérent est tenu d'effectuer auprès du transporteur les réserves constatée à la livraison dans un délai de 48h par lettre recommandée avec accusé de réception conformément à l'article 105 du code du commerce et d'en informer CRIC ainsi que le fournisseur.

Tout vice caché défauts de conformité de la commande constaté à posteriori devra également faire l'objet d'une information auprès du fournisseur et de CRIC par voie de courrier recommandé et ce dans un délai de 8 jours maximum.

7.3. Honorer les factures émises par CRIC

L'Adhérent s'engage à honorer régulièrement toutes les factures émises par CRIC pour le compte des fournisseurs.

Tous impayés constatés pour quelque raison que ce soit à date d'échéance (soit rejet de la banque soit non réception du mode de paiement) entraînera immédiatement l'interruption du service octroyé par la centrale et blocage des commandes en cours jusqu'à totale régularisation.

7.4 Litiges sur factures

Toute facture devra être payée à son échéance même en cas de litige sur son libellé ou son contenu qui fera, le cas échéant, l'objet d'une régularisation ultérieure.

7.5. Règlement et impayés

Le paiement des factures émises par CRIC pour le compte des fournisseurs s'effectue par LCR directes domiciliées aux échéances indiquées sur les factures.

a) En cas de non-respect du terme fixé, les ordres en cours pourront être suspendus ou annulés par CRIC, sans préjudice de tout autre recours.

b) Défaut de paiement à l'échéance convenue : l'intérêt court de plein droit au taux de 1 % par mois de retard sans nuire à l'exigibilité, depuis la date d'échéance jusqu'à la date effective de règlement.

Seront dus l'ensemble des frais honoraires de recouvrement. En outre, lorsque le recouvrement de la créance sera confié à un huissier de justice, il sera fait application d'une indemnité égale à 12 % de la totalité des sommes dues (avec un minimum de 15,24 Euros à titre de dommages et intérêts, plus

les frais judiciaires. Le non-paiement d'une seule échéance rend immédiatement exigible le montant de la créance, même encore non échue. Il sera décompté 4,57 euros de frais de dossier.

c) Impayés : le défaut de paiement d'un seul effet ou d'une seule facture à son échéance entraîne la déchéance du terme et rend immédiatement exigibles toutes les créances, même celles à échoir ;

CRIC est alors autorisée à suspendre les livraisons des fournisseurs jusqu'à apurement complet du compte. Un intérêt de retard comme prévu ci-dessus sera automatiquement facturé ainsi que les frais d'impayé.

LE REFERENCEMENT

A défaut de paiement d'une seule échéance à la date convenue, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure recommandée avec accusé de réception, l'adhérent sera tenu de payer en sus du solde restant dû (sommés tant échues qu'à échoir), outre les frais répétables et les intérêts moratoires, à titre de clause pénale (art ; 1226 du Code Civil), une indemnité fixée à 5 % sans que le minimum puisse être inférieur à 30,49 Euros hors taxes.

La clause pénale n'est pas exclusive des réclamations formulées au titre des dommages et intérêts en vertu de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

ART.8. – Information réciproque

Pour le bon fonctionnement de la centrale et donc dans l'intérêt de chacun, les parties se tiendront réciproquement informées de tout élément touchant à la relation commerciale et susceptible d'intéresser l'activité de CRIC ou celle de l'Adhérent.

ART.9. – Confidentialité

L'Adhérent s'engage à respecter le caractère confidentiel de toute information dont il a pu avoir connaissance du fait de son adhésion à CRIC, concernant notamment la politique commerciale, les listes de fournisseurs et de produits et de services sélectionnés et les conditions et avantages consentis par ces derniers, et à prendre toutes les mesures pour que ces informations ne parviennent à toute entreprise concurrente.

De son côté, CRIC s'engage à garder confidentielles toutes informations qu'elle serait susceptible de détenir sur l'adhérent.

ART.10. – Fin du Contrat

Ce contrat prend effet à partir de la date de sa signature. Chacune des parties pourra y mettre fin à son gré sous réserve de prévenir son cocontractant par lettre recommandée au moins six mois avant la date d'effet de rupture.

ART.11. – Résiliation de plein droit

Le contrat sera résilié de plein droit en cas de :

- violation ou inexécution par l'Adhérent, de l'une des obligations prévues à l'article 6, et huit jours après mise en demeure, sauf l'application des dispositions de la loi n°85-98 du 25 décembre 1985 modifiée relative au redressement et à la liquidation judiciaire.

- cession entre vifs ou transmission pour cause de décès, déplacement, mise en gérance, apport en société, fusion, scission, cession partielle d'actif, relatifs au fonds de commerce, ou à la branche du fonds de commerce concernée par le contrat, de même qu'en cas de modification dans la personne des dirigeants ou des associés ou actionnaires contrôlant l'entreprise de l'Adhérent.

Dans l'une de ces hypothèses, CRIC, le cas échéant, examinera par priorité la candidature du successeur présentée dans les plus brefs délais par l'Adhérent ou ses ayants droit, mais ne sera en aucun cas obligé de l'agréer ou de verser une quelconque indemnité pour défaut d'agrément.

ART.12. – Inexécution des obligations

En cas d'inexécution par l'une ou l'autre des parties de l'une quelconque de ses obligations, le cocontractant sera en droit de mettre fin au présent contrat 15 jours

LE REFERENCEMENT

après mise en demeure d'exécuter ou de mettre fin à l'inexécution des obligations adressée par lettre recommandée avec accusé de réception et restée sans effet, et ce sans préjudice de l'obtention de dommage et intérêts.

ART. 13. – Litige

En cas de désaccord sur la validité, l'exécution ou l'interprétation ou la terminaison du présent accord, il est convenu que les parties feront tout leur possible pour tenter un règlement à l'amiable du litige.

Tout litige qui ne saurait être résolu à l'amiable sera de la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Moulins (Allier).

Fait à....., le.....

Pour la SARL CRIC Pour la Société.....

CONTRAT DE LA CENTRALE GROUPE LUZ



CONVENTION

- A - La Centrale s'engage à régler pour l'Opticien toutes les factures de marchandises commandées auprès des fournisseurs dont la liste est donnée à l'Opticien et mise à jour régulièrement.
- B - La Centrale fournit aux fournisseurs référencés la liste des Opticiens adhérents.
- C - La ristourne de fin d'année est versée par la Centrale selon les options suivantes :
- ① - Par un chèque d'acompte de 50% des ristournes estimées courant mars suivant la fin de l'exercice.
 - ② - Par avance mensuelle, en déduction de chaque relevé de factures, selon connaissance des taux de ristournes.
Le solde, par chèque, après régularisation du dépôt de garantie, sera versé dès l'apurement des comptes, soit avant le 30 Avril.
- Les opticiens choisissant l'option ① bénéficieront d'une prime de 5% (sous réserve du respect du contrat d'adhésion) sur le montant annuel de leur ristourne de fin d'année.
- Les ristournes dues au titre de l'exercice écoulé sont versées pour moitié à la fin mars, l'autre moitié après épurement des comptes fournisseurs fin avril. Cependant cette ristourne fera l'objet d'un avoir déductible des prélèvements des achats du 1^{er} trimestre de l'exercice suivant si les 3 premiers relevés ne sont pas encore honorés, ou d'une déduction unique du prélèvement à fin avril en cas de paiement non régulier.
- D - L'Opticien s'engage à régler les sommes dues aux dates prévues par la convention. Les adhérents qui demandent et obtiennent des fournisseurs le fractionnement du règlement de leur commande ne peuvent exiger que les reliquats de moins de 450 € le soient aussi. Ces derniers seront payables comme cela est indiqué ci-après.
Les règlements se feront au comptant à réception du relevé mensuel, par prélèvement automatique, soit entre le 29 et le 3 du mois suivant la réception des factures.
En cas de rejet de prélèvement, des frais de gestion de 1,50% du montant du relevé seront facturés, ainsi que des pénalités de retard de 1% par mois entamé. Tout relevé impayé et non régularisé par un chèque dans les huit jours, sera transmis sans avis préalable à notre avocat pour récupération par toutes voies de droit tous frais et intérêts étant à la charge de l'opticien.
- Tout incident de paiement entraîne la perte du bénéfice des avances mensuelles de ristournes pendant 6 mois.
 - La centrale se réserve le droit de cessation immédiate du contrat, entraînant le blocage des ristournes et des cautions jusqu'à règlement du contentieux, ainsi que la perte du bénéfice de la prime sur ristournes. La Centrale se réserve toute possibilité de droit pour le recouvrement des sommes dues.
 - En cas de résiliation ou suspension pour non respect des conditions de règlement, la totalité des sommes restant dues à la Centrale devra être réglée sans délai. A défaut de paiement dans les 10 jours de l'envoi d'avis de résiliation ou suspension, une pénalité forfaitaire de 10% du montant des sommes dues sera exigible, sans préjudice des frais, dédommagements et intérêts complémentaires au titre des frais de gestion, pénalités de retard et/ou frais de recouvrement.
- E - Clause de réserve de propriété : Le transfert de la propriété des marchandises du relevé n'interviendra qu'après entier règlement de la somme convenue (loi N° 80335 du 12 Mars 1980).
- F - La durée de ce contrat est de un an, reconductible tacitement chaque année. L'une ou l'autre partie peut en demander la dénonciation par lettre recommandée avec AR 3 mois avant la fin de chaque période annuelle. A la fin du contrat, pour quelque cause que ce soit, un état du solde est adressé à l'Opticien indiquant le dépôt de garantie à rembourser et les ristournes non encore versées, ainsi que les autres comptes à apurer, s'il y a lieu.
- G - La Centrale s'engageant en matière de règlement pour ses adhérents auprès des fournisseurs référencés, elle se réserve la possibilité de refuser une demande d'adhésion.
- H - Attribution de juridiction : Toute contestation quelle qu'elle soit, est, de convention expresse, soumise à la juridiction du Tribunal de Commerce du lieu de notre siège social, seul compétent quel que soit le mode de paiement, même en cas d'appel en garantie ou de pluralité de défendeurs.

Fait le
L'OPTICIEN

GROUPE LUZ
Jean-Denis JOUANNET

(Précédé de la mention «lu et approuvé»). Préciser l'option de versement des ristournes de fin d'année ① ou ②.

Annexe 2 : Contrat de référencement

CONTRAT DE REFERENCEMENT – Prestations de Services

ENTRE LES SOUSSIGNES :

La Fondation Rhône Alpes Futur, Fondation reconnue comme Établissement d'Utilité Publique par décret du 24 octobre 1988 (J.O du 28 octobre 1988) dont le siège est à 89, rue Bellecombe – 69003 LYON.

Prise en la personne de son représentant légal, M SEUX Christian, Président, et par délégation de Mme BONNERUE Florence, Co-Directrice,

Ci-après désignée « la Centrale », d'une part,

ET

La société _____, au capital de _____ euros dont le siège est à _____, immatriculée au Registre du commerce et des sociétés de _____ sous le numéro _____.

Prise en la personne de son représentant légal, M _____,

Ci-après désignée « le Fournisseur », d'autre part,

IL EST PREALABLEMENT RAPPELE QUE :

La Fondation Rhône-Alpes Futur a pour mission d'animer la politique de valorisation et de communication de la « Génopole Rhône Alpes » qui regroupe un ensemble d'établissements publics chargés de promouvoir et de développer les technologies avancées.

Dans le cadre de cette mission, la Fondation Rhône-Alpes Futur a mis en place une centrale de référencement afin de rationaliser les achats des membres adhérents/affiliés de la Génopole.

Le Fournisseur étant un professionnel spécialisé dans la prestation de services, adaptés aux besoins des membres de la Génopole, a exprimé sa volonté de se faire référencer par la présente Centrale dans les conditions ci-après définies.

Il est précisé que la Fondation Rhône-Alpes Futur n'assure en aucun cas directement des achats auprès des Fournisseurs pour le compte de ses adhérents. En toutes hypothèses, la Fondation Rhône-Alpes Futur s'engage à respecter les dispositions réglementaires et législatives relatives aux marchés publics.

IL EST CONVENU CE QUI SUIIT :

Article 1 – Objet du contrat et opposabilité

LE REFERENCEMENT

Par le présent contrat de référencement, le Fournisseur est tenu de fournir les services ci-après désignés aux conditions convenues aux affiliés de la Centrale qui en favorisera la commande. Le présent contrat pourra être invoqué par les affiliés de la Centrale contre le Fournisseur, qui l'admet.

Article 2 – Objet - Désignation des services

Font l'objet du référencement les services dont la liste figure en Annexe. Le détail de ces prestations pourra être discuté au cas par cas entre le Fournisseur et l'Affilié.

Dans l'hypothèse où l'Annexe ne serait pas dûment renseignée par les Parties, les services référencés sont réputés être l'intégralité des services commercialisés par le Fournisseur.

Article 3 – Durée

Le présent contrat est conclu pour une durée indéterminée ; il sera respecté un préavis de deux mois si la relation commerciale a duré un an, de trois mois si elle a duré deux ans et ainsi de suite, un mois par année supplémentaire, sans pouvoir excéder deux ans. La partie qui souhaite mettre fin au contrat devra aviser l'autre partie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 4 – Obligations du Fournisseur - Maintien de l'offre

Le Fournisseur maintiendra pendant toute la durée du présent contrat l'offre caractérisée comme il est indiqué ci-dessous.

Article 5 – Prix des prestations

Les parties sont convenues d'une remise forfaitaire sur les prestations vendues de : ___ %

Article 6 – Facturation

La facturation aux affiliés, sera directement effectuée par le Fournisseur au fur et à mesure des livraisons. Les factures doivent être conformes aux prescriptions légales. Les factures doivent également comporter le numéro de commande. Le délai de règlement est interrompu tant que le débiteur du règlement n'a pas reçu une facture conforme.

Article 7. – Délai de règlement

Les délais de règlements sont déterminés par les affiliés.

Article 8. – Obligations du Fournisseur

Les ristournes dues aux adhérents seront versées aux adhérents et devront figurer sur les factures.

En outre, le Fournisseur versera à la Centrale une commission de (?) % calculée sur le chiffre d'affaires hors taxes de l'ensemble des prestations fournies aux affiliés et réglées par ceux-ci en contrepartie de l'information assurée aux affiliés sur les services référencés.

Cette commission de gestion sera versée trimestriellement à la Centrale, indépendamment du paiement effectif du prix des prestations. Ce versement sera accompagné d'un relevé mensuel des livraisons effectuées à chaque affilié. La Centrale s'engage à informer ses affiliés adhérents de l'existence et du montant de cette commission.

Article 9 – Obligations de la Centrale

9.1. Communication des offres aux affiliés

La Centrale s'engage à communiquer à la totalité de ses affiliés l'intégralité des offres référencées par elle dans le cadre d'un registre dans lequel elle fera figurer tous les services référencés, leurs caractéristiques et les avantages négociés. Ce registre sera annuellement mis à jour aux frais de la Centrale.

La Centrale favorisera l'acceptation par ses affiliés des offres présentées par le Fournisseur et agréées par elle.

9.2. Fichier commercial

Un répertoire complet des affiliés, régulièrement mis à jour, sera adressé par la Centrale au Fournisseur.

9.3. Coopération commerciale

La Centrale favorisera le développement des relations commerciales entre le Fournisseur et ses affiliés.

9.4. Contrats de promotion

La Centrale favorisera la conclusion d'accords de promotion entre le Fournisseur et ses affiliés de façon à promouvoir dans les meilleures conditions la vente des prestations du Fournisseur.

Article 10. – Résiliation

LE REFERENCEMENT

En cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties, le présent contrat pourra être résilié par l'autre partie, huit jours après une mise en demeure restée infructueuse, sans préjudice de tous dommages et intérêts qui pourraient être réclamés à la partie défaillante.

Article 11. – Attribution de compétence

Le présent contrat est soumis au droit français.

En cas de litige concernant les présentes, les parties font attribution aux tribunaux compétents de Lyon.

Fait à _____, le _____

En deux exemplaires.

Pour le Fournisseur

Pour la Centrale

LE REFERENCEMENT

Annexe 3 : Contrat de référencement sur Internet

CONTRAT DE REFERENCEMENT (« le Contrat »)

Kelkoo SA exploite un site marchand sous la marque Monsieur Prix comprenant notamment un moteur de recherche sur Internet, dont l'objet est de trouver et de comparer des produits et/ou services de marchands en ligne ayant préalablement conclu un accord de référencement avec Monsieur Prix. Le marchand en ligne commercialise sur son site Internet des produits et/ou services. Aux fins de développer les visites d'internautes et d'augmenter les volumes des ventes sur son site, il souhaite que ses produits et/ou services soient référencés sur le(s) Site(s) Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, et s'affichent à l'issue d'une recherche par le Moteur de Comparaison (recherche par catégorie(s) sur un Tableau Comparatif. Monsieur Prix accepte ainsi de référencer le marchand sur son Site et sur le Réseau Monsieur Prix, en contrepartie d'une rémunération.

I. IDENTIFICATION

Le Référéncé :	MONSIEUR PRIX, représenté par la société KELKOO SA
Siège Social :	Siège Social : 8 rue Saint Anne, 75001 Paris
N° RCS :	N° RCS : B 425 093 069
N° SIRET :	N° SIRET : 42509306900044
N° TVA intracommunautaire :	N° TVA intracommunautaire : FR 434255093069
Site Internet :	Site Internet : monsieurprix.com
Contact commercial / Marketing :	Contact : _____
Tel : _____ Fax : _____	Tel direct : _____
E-mail :	E-mail : _____
Contact technique :	Tél : _____
Tel : _____ Fax : _____	Fax : 01.42.44.22.89
E-mail :	_____

(« la/les Partie(s) »)

II. COÛT PAR CLIC

Catégorie/ Sous catégories des Offres	Coût par Clic
Image et son Informatique Electroménager [A COMPLETER]	

III. CONDITIONS PARTICULIÈRES DU RÉFÉRENCEMENT

--

LE REFERENCEMENT

Entrée en vigueur du Contrat : _____

Date limite de mise à disposition des Informations Produits : 30 jours à compter de la signature du Contrat.

Durée dérogeant aux dispositions de l'article 12.1 des conditions générales: _____

Divers : _____

--

Le Contrat, les Conditions Générales ci-jointes et leurs éventuelles annexes, représentent l'intégralité de l'accord intervenu entre les Parties eu égard à son objet. Il annule et remplace toutes propositions, engagements, contrats écrits ou verbaux antérieurs échangés ou conclus entre les Parties relativement au même objet. Le Contrat ne peut être modifié que par avenant signé par les Parties. Le Référencé reconnaît avoir pris connaissance et avoir accepté l'intégralité des Conditions Générales.

Fait à _____, le _____, en deux exemplaires originaux

Signature pour le Référencé

Nom :

Fonction :

dûment habilité à signer le Contrat

Prix France

Signature pour MONSIEUR PRIX

Nom : XXXXXXXX

Fonction :

CONDITIONS GENERALES DE REFERENCEMENT

Sauf convention expresse convenue d'un commun accord entre Monsieur Prix et le Référencé, la conclusion du Contrat emporte de plein droit de la part du Référencé adhésion aux présentes conditions générales nonobstant toute clause contraire figurant dans tout document du Référencé notamment dans ses documents commerciaux, et tout accord ou engagement oral ou écrit préalable.

1. DEFINITIONS

Les Parties conviennent que les termes définis ci-après auront la signification suivante dans le Contrat et les présentes:

Clic : activation par un Utilisateur d'un Lien apparaissant sur le(s) Site(s) Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, pour accéder directement au Site du Référencé.

Coût par clic (« CPC ») : prix dû par le Référencé à Monsieur Prix pour chaque Clic d'un Utilisateur sur un Lien du Référencé.

Informations Produits : ensemble des données relatives aux produits du Référencé, rendues disponibles par le Référencé à Monsieur Prix et comprenant notamment les Signes Distinctifs, le modèle, le descriptif complet du produit, son prix HT et TTC, la catégorie du produit, les frais de livraison, la disponibilité, le délai de livraison, les garanties attachées au produit, un lien vers une page du Site du Référencé permettant l'achat et un lien vers une photographie du produit.

Intermédiaire : tiers intervenant au nom et pour le compte du Référencé, pour référencer ce dernier sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix et conclure le Contrat.

Mises à Jour : modifications et actualisations des Informations Produits développées par le Référencé ou développées pour son compte sous sa responsabilité.

Moteur de Comparaison : ensemble des technologies de comparaison mises en œuvre par Monsieur Prix et permettant à l'Utilisateur d'obtenir un Tableau Comparatif suite à une recherche par catégorie(s) ou par produit.

Lien : lien hypertexte présentant tout ou partie des Informations Produits ou le Référencé, disponible sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, permettant aux Utilisateurs d'accéder directement aux pages du Site du Référencé dédiées au produit ou au service recherché.

Référencé : toute société exploitant un site de vente en ligne, ou présentant en ligne son catalogue de produits disponibles dans un de ses points de vente, ainsi que tout Référencé Distributeur et Référencé Fabricant utilisant le service de Référencement de Monsieur Prix.

Référencé Distributeur : tout Référencé dont l'activité est de distribuer ou de faire distribuer les produits de fabricants.

Référencé Fabricant : tout Référencé dont l'activité est de fabriquer ou de faire fabriquer par un tiers de son choix les produits objets du Référencement sur le Site Monsieur Prix.

Référencement : mise à disposition sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix des Liens du Référencé, et leur diffusion aux Utilisateurs à la suite d'une recherche par catégorie ou par produit sollicité par les Utilisateurs.

Réseau Monsieur Prix : i) sites Internet contractuellement liés à Monsieur Prix ou affiliés à Monsieur Prix, utilisant le Moteur de Comparaison, sous leur(s) propre(s) marque(s) et/ou celle(s) de Monsieur Prix, et affichant les Liens du Référencé à la suite d'une recherche) ou par catégorie(s), et ii) tous dispositifs de marketing en ligne exploités par Monsieur Prix.

Signes Distinctifs : marque nominative, figurative, semi figurative et/ou logo du Référencé apparaissant sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix à proximité des Informations Produits et/ou des Liens.

Site du Référencé : l'ensemble des pages, données et informations composant le site, dont le Référencé est le propriétaire et auxquelles il souhaite en tout ou partie donner accès par le Référencement.

Site Monsieur Prix : www.monsieurprix.com

Tableau Comparatif : tableau s'affichant sur une page du Site Monsieur Prix, affichant les résultats relatifs à un produit ou un service recherché à la suite d'une recherche par catégorie(s) et sous catégories par le Moteur de Comparaison, comparant les différentes offres de marchands pour un produit ou un service recherché, comportant les Informations Produits, dont l'ordre d'apparition dépend du prix du produit ou du service recherché par l'Utilisateur.

Technologie Monsieur Prix Sniffer : logiciel utilisé, le cas échéant, par Monsieur Prix utilisé pour fournir le service de Référencement.

Utilisateurs : toute personne visitant le Site Monsieur Prix et/ou le Réseau Monsieur Prix, quelque soit son lieu de résidence.

2. LE SERVICE DE REFERENCEMENT MONSIEUR PRIX

2.1. Principe

Le Référencé a demandé à Monsieur Prix qui a accepté, d'utiliser son service de Référencement, consistant à intégrer et à diffuser, sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, les Liens du Référencé afin de les rendre accessibles aux Utilisateurs, en contrepartie d'une rémunération calculée selon les modalités des articles 5 et 6 des présentes.

2.2. Conditions d'utilisation

Afin de pouvoir être référencé sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, le Référencé doit (i) être une société dûment enregistrée conformément à la législation en vigueur qui lui est spécifiquement applicable, (ii) être titulaire d'un site de vente en ligne ou d'un site présentant le catalogue des produits disponibles dans l'un des points de vente du Référencé, (iii) afficher ses prix en Euros et accepter les paiements en Euros.

Préalablement à toute négociation avec Monsieur Prix, tout Intermédiaire s'engage à communiquer à Monsieur Prix une copie du contrat de mandat attestant que le Référencé l'a expressément désigné pour agir en son nom et pour son compte auprès de Monsieur Prix afin d'être référencé sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix.

Le Référencé s'engage à désigner, dès la conclusion du Contrat, un de ses préposés à titre de contact dédié à Monsieur Prix. Il incombera à ce dernier d'informer Monsieur Prix de tout élément relatif à l'exécution du Contrat, et notamment de toute modification et/ou évolution et/ou défaut d'accessibilité au Site du Référencé.

3. LES OFFRES DU REFERENCEMENT

3.1. Remise des Informations Produits par le Référencé

3.1.1. Le Référencé, ou son Intermédiaire, s'engage à mettre à la disposition de Monsieur Prix, dans la base de données de cette dernière, par l'envoi d'un fichier respectant les spécifications techniques requises par Monsieur Prix et disponibles à l'adresse suivante <http://partners.fr.kelkoo.com/shopbot/services/document/LastInfotechnique.html> dans un délai maximum de trente (30) jours à compter de la signature du Contrat, l'ensemble des Informations Produits ainsi que tous documents à caractère technique, informatique, et éditorial, permettant à Monsieur Prix de mettre en œuvre le service de Référencement.

Dans l'hypothèse où le Référencé ne peut techniquement mettre à la disposition de Monsieur Prix les Informations Produits dans la base de données, Monsieur

LE REFERENCEMENT

Prix les collectera par le biais de sa Technologie Monsieur Prix Sniffer, en contrepartie du versement mensuel de frais techniques d'un montant de 50€ TTC (Cinquante Euros Toutes Taxes Comprises) selon les conditions décrites à l'article 5.2 des présentes. Le Référencé s'engage alors, à mettre sur son propre site, les Informations Produits à la disposition de Monsieur Prix, dans le même délai que celui visé ci-avant.

Le Référencé garantit que les Informations Produits sont prêtes à être diffusées en l'état sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, dès leur mise à disposition de Monsieur Prix, quel que soit le procédé utilisé.

3.1.2. Un algorithme de recherche attribue à chaque Lien, de façon automatique et selon les Informations Produits établies par le Référencé, une/des catégorie(s) et un/des mot(s) clé(s). Il est précisé que le Référencé n'est pas autorisé, en toute hypothèse, à demander la création de catégories ou sous-catégories supplémentaires à celles existant déjà sur le Site Monsieur Prix.

3.1.3. Dans le cas où les Informations Produits ne seraient pas mises à la disposition de Monsieur Prix dans le délai visé à l'article 3.1.1 ci-avant, Monsieur Prix se réserve le droit de demander au Référencé le paiement d'une pénalité d'un montant de 1 000€ (Mille Euros) et de résilier le Contrat sans préavis, ni formalité, ni indemnité au profit du Référencé.

3.1.4. Le Référencé, ou son Intermédiaire, garantit, avant toute transmission des Informations Produits, que ces dernières sont exemptes de toutes erreurs, de tous virus et/ou anomalies susceptibles de porter atteinte ou d'altérer la base de données et les technologies Monsieur Prix.

3.1.5. Tous les documents et supports matériels des Informations Produits transmis à Monsieur Prix pour l'exécution de sa prestation dans le cadre du Contrat resteront sa propriété. Monsieur Prix ne sera pas tenu de restituer le matériel après exécution du Contrat. Monsieur Prix s'engage cependant à n'en faire d'autre usage que ceux prévus au Contrat et s'interdit de les communiquer à un tiers.

3.2. Mises à Jour des Informations Produits

3.2.1. Le Référencé a l'obligation de mettre à disposition de Monsieur Prix les Mises à Jour de ses Liens, selon les modalités de transmission des Informations Produits précisées à l'article 3.1.1 des présentes. Dans le cas où les Mises à Jour seraient récupérées selon la Technologie Monsieur Prix Sniffer, Monsieur Prix fera ses meilleurs efforts pour assurer une actualisation effective et en temps réel des Liens. Toutefois, Monsieur Prix ne saurait être tenu responsable de toute erreur ou retard. En tout état de cause, le Référencé reconnaît que Monsieur Prix fera ses meilleurs efforts pour actualiser de façon quotidienne les Informations Produits selon les Mises à Jour, sauf les week-ends et jours fériés.

3.2.2. Dans l'hypothèse où le Référencé manque de façon manifeste à son obligation de mise à disposition des Mises à Jour, Monsieur Prix se réserve le droit de résilier le Contrat sans préavis, ni formalité, ni indemnité au profit du Référencé.

4. DIFFUSION DES LIENS DU REFERENCEMENT

4.1. Principe du Référencement

Le Référencement des Liens du Référencé se poursuit pendant toute la durée du Contrat, quelque soit le nombre de Clics enregistrés par Monsieur Prix.

4.2. Mise en ligne et diffusion des Liens

Monsieur Prix s'engage à procéder au Référencement des Liens sur le Site Monsieur Prix et sur le Réseau Monsieur Prix, conformément aux conditions fixées dans le Contrat, sous réserve de l'obtention des Informations Produits dans le délai et selon les conditions prévus à l'article 3 des présentes.

Le Référencé accepte que ses Liens s'affichent sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix pendant toute la durée du Contrat.

Tout retard dans la mise en ligne des Liens du Référencé, toute erreur sur les Informations Produits, et/ou toute diffusion de Liens non conformes aux stipulations du Contrat, n'emporte ni annulation, ni modification du Contrat, ni compensation financière, ni compensation de quelque nature que ce soit au profit du Référencé.

Le Référencement pourra être interrompu, à titre exceptionnel, par Monsieur Prix pour les besoins de modifications et/ou des besoins de maintenance technique du Site Monsieur Prix et/ou des sites du Réseau Monsieur Prix.

4.3. Positionnement du Référencé

Le positionnement des Liens du Référencé sur le Site Monsieur Prix par rapport à celles des autres Référencés de Monsieur Prix, dépend du prix de vente consommateur du produit recherché (frais de port non inclus).

5. TARIF DU REFERENCEMENT

5.1. Tarif applicable

Les Référencés Fabricants et les Référencés Distributeurs sont soumis à des tarifs différents. En tout état de cause, le Coût par Clic net moyen constaté est communiqué par l'équipe commerciale à titre indicatif sur demande, et fluctue en fonction des conditions du marché.

5.2. Frais techniques

Des frais techniques d'un montant de 50€ TTC (Cinquante Euros toutes Taxes Comprises) par mois seront facturés au Référencé, dans l'hypothèse où les Informations Produits et les Mises à Jour seraient récupérées par Monsieur Prix selon la Technologie Monsieur Prix Sniffer. Les frais techniques ne seront plus facturés au Référencé dès que ce dernier aura versé au moins 1000€ (Mille Euros) de frais techniques à Monsieur Prix pendant la durée du Contrat.

5.3. Remise

Monsieur Prix consent une remise de 15% calculée sur le tarif en vigueur applicable au Référencé au jour de la conclusion du Contrat, à tout Référencé qui remplit de façon cumulative ou pas les conditions suivantes :

- si le Référencé s'engage pour une période initiale minimale de 6 mois à référencer ses produits sur Monsieur Prix ; et/ou
- si le Référencé recourt, pour l'exécution du Contrat, aux services d'un Intermédiaire indépendant. Cette remise est indiquée sur les factures adressées au Référencé et, le cas échéant, à l'Intermédiaire. Les conditions d'attribution de la remise en cas de recours à un « Intermédiaire » sont les suivantes : l'intermédiaire devra i) préalablement à toute négociation avec Monsieur Prix, fournir l'attestation de mandat dûment remplie et signée par lui-même et le Référencé, et ii) gérer seul entièrement le Référencement du Référencé directement avec Monsieur Prix, et notamment endosser toutes les obligations auxquelles est tenu le Référencé telles que décrites aux articles 3 et 4 du Contrat. Ainsi cette remise ne sera pas accordée, notamment, dans le cas où le premier contact avec Monsieur Prix aurait été fait directement par un marchand en ligne avant toute négociation et/ou un Intermédiaire intervenait en cours de négociations avec Monsieur Prix alors qu'elles avaient débuté avec le marchand en ligne.

6. REMUNERATION ET CONDITIONS DE PAIEMENT

6.1. Rémunération minimale garantie : quel que soit le nombre de Clics enregistrés par Monsieur Prix, le Référencé s'engage à verser à Monsieur Prix une somme minimale de 150€ HT (Cent Cinquante Euros Hors Taxes) par mois pour le Référencement des Liens.

6.1.1. Nonobstant la clause précédente, le Référencé s'engage à verser à Monsieur Prix le montant résultant de la multiplication du nombre de Clics enregistrés par Monsieur Prix pendant le mois en cause, par le/les CPC indiqué(s) dans le Contrat (nombre de Clics x CPC).

6.1.2. Facturation : Monsieur Prix adressera mensuellement la facture au Référencé, et à l'Intermédiaire le cas échéant, au titre des Clics enregistrés le mois précédent.

6.2. Conditions de paiement

Le Référencé reste en tout état de cause seul responsable du paiement du Référencement. Les factures sont payables à réception par le Référencé. Dans le cas où le Référencé a désigné un Intermédiaire ayant la qualité de « mandataire payeur », les factures sont payables à 60 jours date de facture.

Le Référencé devra s'acquitter des sommes dues par chèque ou par virement bancaire sur le compte de Monsieur Prix dont les coordonnées sont les suivantes : CCF, Agence Centrale, Code Banque : 30056, Code Guichet : 00148, N° de compte : 01482011084, Clé : 59, numéro de compte bancaire international FR 76 30056 00148 01482011084 59.

6.3. Dispositions particulières pour les Références situés hors de France

Concernant les Références dont le siège social est situé en dehors de la France, Monsieur Prix se réserve le droit d'exiger le paiement d'une somme forfaitaire avant toute mise en ligne de leurs Liens, qui sera déterminée entre les Parties à la signature du Contrat.

6.4. Défaut de paiement

En cas de défaut total ou partiel de paiement d'une facture à son échéance, Monsieur Prix se réserve le droit, sans préavis, ni indemnité au profit du Références, ni formalité, i) de suspendre l'exécution du Contrat et donc de la diffusion des Liens du Références sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix, ii) d'envoyer une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception pour obtenir le paiement des sommes dues, iii) d'appliquer des pénalités de retard de paiement, d'un montant égal à une fois et demi le taux de l'intérêt légal, dès l'envoi au Références de la mise en demeure, et iv) de rendre exigible le paiement immédiat de toutes les sommes dues par le Références au titre des prestations déjà exécutées.

Si, dans les 30 (trente) jours suivant l'envoi de la mise en demeure, les sommes dues à Monsieur Prix sont toujours impayées, Monsieur Prix se réserve le droit de résilier le Contrat sans formalité, ni préavis, ni indemnité au profit du Références.

Tous frais de recouvrement devant être engagés par Monsieur Prix, sont à la charge du Références.

7. COMPTABILISATION DU NOMBRE DES CLICS

Monsieur Prix est seul responsable du comptage des Clics sur le Site Monsieur Prix et sur les sites du Réseau Monsieur Prix. Les Parties reconnaissent et acceptent que (i) les méthodes et technologies utilisées par Monsieur Prix ont fait l'objet d'un audit et d'une certification par un professionnel indépendant, (ii) l'ensemble des statistiques relatives au comptage des Clics relevées par Monsieur Prix sur le Site Monsieur Prix et le Réseau Monsieur Prix font office de données officielles et définitives entre elles sur les performances de Monsieur Prix en terme de Clics enregistrés sur les Liens du Références.

8. CONFIDENTIALITE

8.1. Les termes « Informations Confidentielles » désignent toutes informations communiquées directement ou indirectement par Monsieur Prix au Références, par écrit ou oralement, à l'exception d'informations dont il est possible d'établir : (i) qu'elles étaient connues du public ou étaient tombées dans le domaine public avant la date à laquelle elles ont été communiquées par Monsieur Prix ; (ii) que, pour des raisons indépendantes du fait du Références, elles sont devenues publiques et ont été communiquées de façon générale après avoir été divulguées par Monsieur Prix au Références ; ou (iii) qu'elles étaient en la possession du Références, sans être soumises à une obligation de confidentialité, à la date où elles ont été divulguées aux Références par Monsieur Prix.

8.2. Le Références s'interdit, à quelque moment que ce soit, de communiquer, vendre, céder, transférer ou mettre à disposition, sous quelque autre forme que ce soit, à quelques personnes que ce soit, des Informations Confidentielles. Le Références s'oblige à utiliser toute Information Confidentielle dans le strict respect de ses obligations contractuelles, ou lorsque la communication est imposée par le droit applicable ou une décision d'une autorité judiciaire ou administrative.

Le Références s'engage à prendre toutes mesures raisonnables afin de protéger le caractère confidentiel des Informations Confidentielles et d'en empêcher la divulgation ou l'utilisation non autorisée. L'ensemble des Informations Confidentielles restera en tout état de cause la propriété exclusive de Monsieur Prix. Tous documents, supports électroniques et autres éléments contenant des Informations Confidentielles ou s'y rapportant, seront remis sans délais à Monsieur Prix sur première demande de celle-ci.

8.3. Toute violation par le Références de la présente obligation de confidentialité pourra donner lieu à la résiliation du Contrat de Références en cours, sans que le Références puisse réclamer une quelconque indemnité à ce titre.

9. PROPRIETE INTELLECTUELLE ET INDUSTRIELLE

9.1. Le Références n'acquerra aucun droit de propriété ou d'usage sur les captures d'écran ainsi que sur toutes références, signes distinctifs, emblèmes, logos, marques, œuvres, textes relatifs à Monsieur Prix, qui restent la propriété exclusive de Monsieur Prix.

9.2. Le Références cède à Monsieur Prix les droits d'utiliser, de représenter, de reproduire, d'adapter, à titre non exclusif, sur le Site Monsieur Prix et les Sites du Réseau Monsieur Prix, et dans le monde entier compte tenu de la nature d'Internet, les Signes Distinctifs et les Informations Produits nécessaires à l'exécution du Contrat, pendant la durée de ce dernier.

9.3. Le Références garantit expressément qu'il dispose de tous les droits sur les Informations Produits et les Signes Distinctifs, et qu'à cette fin, il a fait son affaire de toutes rémunérations dues, notamment au titre de la reproduction, de la communication et de la mise à disposition du public des Informations Produits et Signes Distinctifs, et a conclu tous les contrats et a obtenu toutes les autorisations nécessaires de toutes les personnes physiques ou morales intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la réalisation des Informations Produits et Signes Distinctifs, ou pouvant prétendre à des droits sur leur exploitation.

9.4. Dans le cas où les Informations Produits utilisés par le Références sont des marques de tiers enregistrées auprès d'un organisme officiel et/ou notoires ou des signes distinctifs ou des noms propres, Monsieur Prix se réserve le droit, sans préavis, de suspendre le Références des Liens attachées aux dites Informations Produits.

10. GARANTIES

Le Références déclare et garantit disposer des pouvoirs nécessaires à la conclusion du Contrat et à l'adhésion aux présentes.

L'intermédiaire du Références atteste agir au nom et pour le compte du Références.

Le Références garantit que les Informations Produits et les Liens, et ce y compris le titre, le descriptif des produits, l'URL et/ou les éventuels éléments graphiques, ne contreviennent à aucune norme et/ou réglementation en vigueur, ni à aucun droit de tiers, ni aux codes de déontologie professionnelle, et qu'ils ne comportent aucun message diffamatoire ou dommageable à l'égard de tiers.

Le Références garantit que les Liens ne donnent pas accès à des sites dont le contenu est contraire à la réglementation en vigueur ou présentant des informations ou des documents de nature diffamatoire, ou contrefaisante, ou portant atteinte à l'image de Monsieur Prix, ou de manière plus générale, illicites, portant préjudice à Monsieur Prix. Le Références reconnaît notamment avoir pris toute mesure nécessaire pour empêcher l'accès de mineur à tout élément à caractère érotique et/ou pornographique diffusé sur le site du Références. Le Références s'engage en outre à ne pas désactiver, pour quelque raison que ce soit, pendant la durée du Contrat, la fonction « Retour » mise à la disposition des Utilisateurs par leur navigateur qu'ils utilisent, leur permettant, en activant cette fonction, de revenir sur les pages du Site Monsieur Prix.

Dans l'hypothèse où le Références aurait connaissance d'une réclamation formulée par un tiers soit au titre d'une atteinte à un droit, soit en violation d'une réglementation, le Références s'engage à en informer immédiatement Monsieur Prix qui pourra dans ce cas, interrompre la diffusion des Liens sans que cette interruption ouvre droit à une indemnisation.

Le Références s'engage à relever et garantir Monsieur Prix, ainsi que ses dirigeants et employés, et/ou les sociétés du groupe auquel elle appartient, de toute demande ou action et/ou recours d'un tiers lié à une violation de l'une de ses obligations au titre du présent contrat, et notamment, sans que cette liste soit exhaustive, à une atteinte portée aux droits de tiers ou à une violation de la réglementation en vigueur, et s'engage à indemniser Monsieur Prix des conséquences dommageables liées directement ou indirectement à une telle violation du fait de la diffusion des Informations Produits, Signes Distinctifs et/ou du Références des Liens.

La garantie porte notamment sur toutes indemnités versées dans le cadre d'un compromis et/ou d'une action judiciaire, condamnations et/ou sanctions auxquels serait condamnée Monsieur Prix et s'étend aux frais de justice éventuels, y compris les frais irrépétibles, les frais d'avocats et les dépens.

11. RESPONSABILITE

11.1. Seule la responsabilité du Références est susceptible d'être engagée i) du fait des Informations Produits, des Liens et du contenu de son Site, ii) du fait des dommages directs et indirects que pourraient causer les produits du Références aux Utilisateurs.

11.2. Monsieur Prix exclut toute responsabilité dans les cas suivants : i) lorsqu'un produit présenté sur le Site du Références n'apparaît pas sur le Site Monsieur Prix, ii) lorsqu'une différence est constatée entre les prix annoncés sur le Site Monsieur Prix et les sites du Réseau Monsieur Prix et ceux annoncés sur le Site du

Référencé, iii) en cas de défaillance technique indépendante de la volonté de Monsieur Prix, ou de faute ou de négligence du Référencé causant la suspension ou la perturbation du Référencement, et iv) en cas de mauvais fonctionnement des réseaux ou de conditions de diffusion des informations, ou d'une éventuelle perturbation du Référencement du fait de l'intervention du Référencé.

12. DUREE - RESILIATION

12.1. Le Contrat entre en vigueur à la date indiquée en son point III, pour une durée de trois mois, sauf accord contraire des Parties stipulé audit point III. Il est renouvelable par tacite reconduction pour des périodes de six mois. Chacune des Parties pourra y mettre fin, dès la réception par l'autre Partie d'une lettre recommandée avec accusé de réception, quinze jours avant la date de renouvellement du Contrat.

12.2. Nonobstant les cas prévus aux articles 3.1, 3.2, 6.4, 8.3, 14.1 et 14.3 des présentes, en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des Parties, la Partie victime de l'inexécution pourra résilier le Contrat par lettre recommandée avec accusé de réception, 30 jours après réception de ladite mise en demeure restée infructueuse, sans préjudice de tous dommages et intérêts qui pourraient être réclamés à la Partie défaillante.

13. FIN DU CONTRAT

A la fin du Contrat, quelle qu'en soit la cause, Monsieur Prix s'engage à cesser le Référencement des Liens du Référencé sur son Site et les sites du Réseau Monsieur Prix.

Le Référencé reste redevable de toutes sommes dues à Monsieur Prix au titre des Clics enregistrés par Monsieur Prix sur les Liens diffusés sur le Site Monsieur Prix et les sites du Réseau Monsieur Prix, jusqu'à date de fin du Contrat.

14. DIVERS

14.1. Monsieur Prix est libérée de son obligation de référencer les Liens en cas de survenance d'un événement de force majeure, ou de tout fait imputable à un tiers ou toute autre circonstance ayant une cause extérieure et/ou indépendante de son fait personnel, et l'empêchant de répondre à ses obligations. Dans ces circonstances, tout retard ou défaut d'exécution de la prestation ne peut donner droit à des dommages et intérêts au profit du Référencé. Toute suspension du Contrat pendant une durée consécutive de trois mois, en raison d'un cas de force majeure donnera lieu à la résiliation automatique du contrat, sans indemnité de part et d'autre.

14.2. Monsieur Prix se réserve le droit de modifier les présentes ; les conditions de référencement modifiées entreront en vigueur à compter de leur mise à disposition sur le Site Monsieur Prix, à l'adresse: <http://www.monsieurprix.com/divers/conditions.html>

14.3. Le Référencé ne pourra pas revendre, céder ou transférer à quelque personne physique ou morale que ce soit, y compris à une société mère, sœur, ou à une filiale, un quelconque des droits consentis en vertu des présentes et/ou du Contrat ; toute tentative aura pour conséquence la résiliation immédiate de ce dernier sans que la responsabilité de Monsieur Prix ne soit engagée, et sans préjudice de tous dommages et intérêts au profit de Monsieur Prix.

14.4. Toute modification du Contrat devra faire l'objet d'un accord écrit entre les Parties par avenant au Contrat.

14.5. Les Parties conviennent que toutes les données, informations, fichiers et tout autre élément numérique échangés entre les Parties, ainsi que toute manifestation de volonté, y compris par voie électronique, relative à la conclusion du Contrat par le Référencé, constitueront des preuves recevables, valides, opposables et ayant la force probante d'un acte sous seing privé. Les Parties s'engagent à ne pas contester la recevabilité, la validité, l'opposabilité ou la force probante des éléments de nature ou sous format électronique précités, sur le fondement de leur nature électronique. Sauf preuve contraire, ces éléments seront valables et opposables entre les Parties de la même manière, dans les mêmes conditions et avec la même force probante que tout document qui serait établi, reçu ou conservé par écrit. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux notifications prévues par les articles 3.1, 6.5, 12.1, 12.2 et 14.4 du Contrat.

14.6. Le Contrat et les conditions de Référencement sont régis par le droit français.

14.7. Tous les litiges susceptibles de survenir entre les Parties concernant le Contrat et les conditions de Référencement, seront de la compétence des tribunaux du ressort de la Cour d'Appel de Paris.-

Annexe 4 : Fonctionnement de la centrale LE GALEC

DESCRIPTIF D'UNITE COMMERCIALE DU GALEC

1.1 CONTEXTE GEOGRAPHIQUE

1.1.1. Zone d'activité

Le GALEC (Groupement d'Achat des Centres E.LECLERC) est un groupement d'achat (commerce associé) qui vend ses produits à des commerçants indépendants se déplaçant en show room ou à des centrales régionales qui vendent leurs produits aux clients. En conséquence la zone d'activité peut être définie de la manière suivante.

Répartition des centrales régionales



Liste des seize centrales régionales

A : SCAPNOR
B : SCADIF
C : SCAPEST
D : SCARMOR
E : SCAOUEST
F : SOCAMAINE
G : SCACHAP
L : SCASO
I : SOCAMIL
J : LECASUD
K : SOCARA

1.1.2. Analyse de la zone d'activité

Il y a deux types de clients au Galec :

- Les SCA (Sociétés coopératives à capital variable), qui sont des centrales régionales regroupés en seize régions économiques et administratives. Leur but est d'affiner les conditions d'achats définies par le Galec, en tenant compte des particularités locales.
- Les adhérents, indépendants et propriétaires des magasins E.Leclerc, qui sélectionnent et achètent leurs produits au Galec, lors de voyages en prospection en Asie, ou bien à leurs fournisseurs direct. Dans le cas où ils achètent au Galec, nous référençons les fournisseurs et les produits.

1.2 CONTEXTE ORGANISATIONNEL

1.2.1. Le Réseau

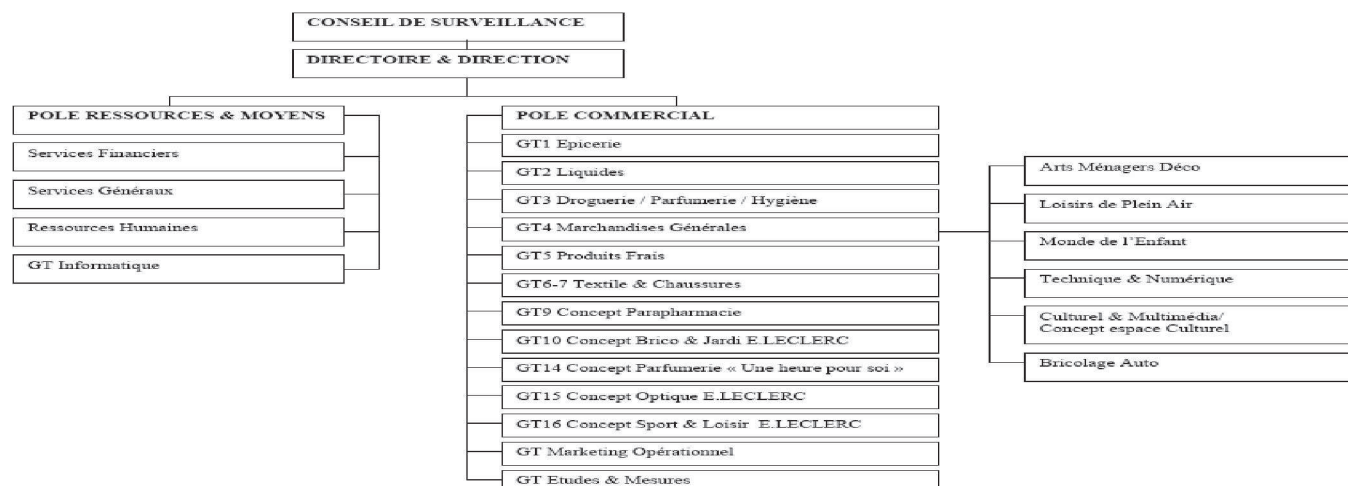
A. Les grands pôles

Le Mouvement Leclerc est dirigé par deux grands pôles : l'ACDELEC qui s'occupe de toutes les décisions politiques et judiciaires (ex : la fourrure) et le GALEC qui se trouve être l'outil commercial du Mouvement ; celui-ci s'occupera de réaliser, prospecter et vendre aux SCA et Adhérents, les collections, les produits et les prospectus. Ensuite, les fournisseurs répartiront les informations et les colis aux magasins Leclerc où les consommateurs viendront faire leurs achats.

B. Le rôle du GALEC

LE REFERENCEMENT

ORGANIGRAMME DU GALEC



Le GALEC correspond à la centrale d'achat nationale du Mouvement LECLERC. C'est dans cette unité commerciale où se déplacent les adhérents afin d'effectuer des achats en show-room. Il est constitué de 12 groupes de travail (GT) commerciaux, dédiés chacun à un secteur d'activité particulier. Ils permettent de couvrir l'ensemble des gammes de produits vendus. Ces GT sont supportés par le Directoire et par deux GT transverses :

- le GT Marketing Opérationnel (GTMO : carte de fidélité E.Leclerc, Communication Opérationnelle-Catalogue/PLV/Affichage, Edition, Internet, Relation Clients)
- le GT Etudes et Mesures (GTEM : Analyse des ventes, Coordination Commerciale, Etudes Marketing)

C'est donc l'outil commercial des magasins LECLERC, il est chargé de prospecter et créer des collections commerciales saisonnières, d'actualisation ou permanentes afin d'en tirer du profit. Le travail du Galec est bien précis et important, en effet il négocie avec les fournisseurs les conditions commerciales pour l'ensemble des magasins. Durant une collection, le Galec a un rôle primordial ; Un dossier (book) est réalisé suivant les tendances vues et les shoppings réalisés. Ce book est ensuite envoyé au fournisseur qui renvoie des échantillons provisoires sur la collection à confectionner. Ensuite les échantillons définitifs sont exposés lors des shows rooms durant lesquels les adhérents responsables du GT viennent faire un premier choix des produits présentés. Et c'est souvent là que les 442 adhérents feront leurs achats définitifs.

B. Répartition des tâches

Le principal but du GT6 est de prospecter et collaborer avec des fournisseurs dans le but de créer des collections. Ces collections seront présentées aux adhérents lors de shows room. Il faut aussi élaborer des politiques et stratégies commerciales et mercatiques, ce travail est fait en collaboration avec le GTMO (Groupe de Travail Marketing Opérationnel).

- **Responsable du GT** : Il supervise tous les rayons, s'occupe de l'animation des responsables rayons, et établit une relation avec les adhérents.
- **Responsable rayon** : Il est responsable de la politique commerciale, détermine la stratégie commerciale et marketing, ainsi que l'assortiment (nombre de produits, choix du produit).
- **Chargé d'achats** : Il doit trouver les produits au rapport qualité/style/prix, il est garant de l'assortiment en terme de prix, de répartitions dans les familles de produits et doit assurer un suivi des produits.
- **Chargé de collection** : il est en rapport direct avec le fournisseur et lui envoie les informations nécessaires à l'élaboration du produit. Il assure aussi la gestion des promotions sur prospectus.
- **Assistante commerciale** : Elle assiste le commercial sur diverses tâches administratives et commerciales : courrier, réception des appels, plannings, fournitures, suivi des livraisons, modifications des remontées de commandes.

C. Animation de l'équipe

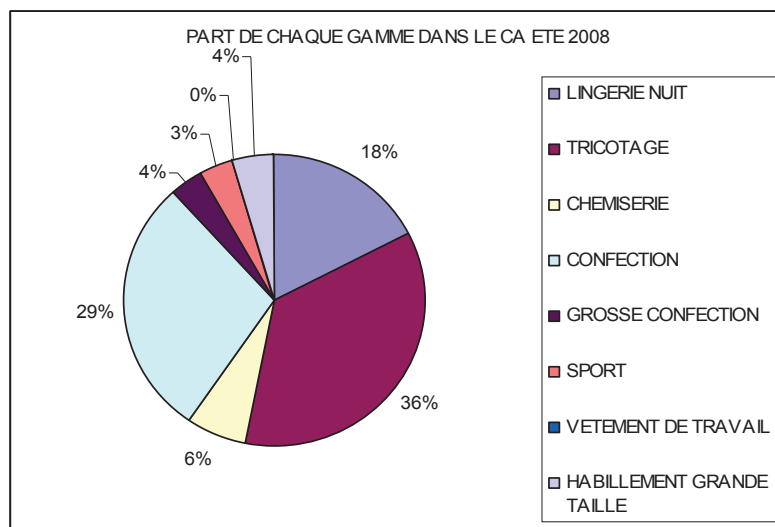
Tous les lundis matins une réunion est organisée avec toute l'équipe du rayon pour établir l'ordre de la semaine. Il y a également des réunions mensuelles entre responsables commerciaux d'évaluation et d'analyse des tableaux de bord (objectifs, résultats, écarts). Des réunions de formation ou de remise à niveau sont également disponibles pour les logiciels notamment ou pour revoir le cœur de métier. Il est possible d'évoluer en interne. Une fois par an il y a un entretien individuel pour chaque salarié où celui-ci peut évoquer sa vie professionnelle et parler d'augmentation. Concernant la rémunération, celle-ci est fixée selon les différents grades, excepté les chargés d'achats qui touchent une commission pour un objectif de vente obtenu.

1.3 CONTEXTE COMMERCIAL

1.3.1. Les produits et services

LE REFERENCEMENT

Leclerc propose une gamme complète de vêtements Femme avec une tendance mode prononcée. Elle a créé sa propre marque « Tissaïa » et désire positionner celle-ci sur le marché de la mode en terme de bonne tendance et bon rapport qualité/prix. Elle propose également des produits Premiers Prix mais pour l'été 2009 cette offre sera réduite, car elle souhaite vraiment mettre sa marque en avant en augmentant l'assortiment ANM/MDD.



Taille de la gamme de la saison été 2008	
GAMME	NOMBRE DE REFERENCES
LINGERIE NUIT	123
TRICOTAGE	258
CHEMISERIE	46
CONFECTION	205
GROSSE CONFECTION	23
SPORT	34
VETEMENT DE TRAVAIL	1
HABILLEMENT GRANDE TAILLE	45
TOTAL	735

1. 3. 2. Méthode de commercialisation

Les adhérents ont pour mission de garantir un des objectifs principaux du Mouvement LECLERC qui est : *Acheter moins cher pour vendre moins cher*, c'est pour cela que nous devons être très compétitif dans nos prix d'achats, et sélectionner des fournisseurs qui ont un rapport qualité prix très intéressant. Nous travaillons également en collaboration avec la SIPLÉC, bureau international de fabrication pour bénéficier des meilleures conditions. Lorsque la collection est prête, il y a alors les étapes d'un acte de vente classique ; prise de contact, découverte des besoins, reformulation, argumentation, traitement des objections, conclusion et prise de congé. D'autre part, le Galec est aussi une centrale de référencement qui fonctionne comme une vaste banque de données, elle référence les fournisseurs et négocie auprès d'eux les conditions commerciales pour l'ensemble des magasins.

Le Galec vend aux adhérents des produits sélectionnés par leurs soins et par les acheteurs lors de voyages de prospection en Asie, en Inde, en Grèce,...

1. 3. 3. Marchandisage proposé par Le Galec

Le show room ressemble à un magasin Leclerc où l'on va présenter notre collection pour la saison qui va se dérouler. Il y a des gondoles, et des objets qui permettent d'accrocher les produits, il y a également des mannequins. Et au centre se situe un podium pour les défilés.

Il y a un parcours obligatoire que les adhérents doivent suivre pour effectuer leurs achats. Voici les différents styles de marchandisage en détails :

Marchandisage d'organisation : En ce qui concerne les promotions les produits sont regroupés par thèmes (nature, fashion, disco, reptile,...). Pour le fond de rayon les produits sont rangés par catégories (codelec). Au moins une personne du service textile est toujours présente pour le renseignement.

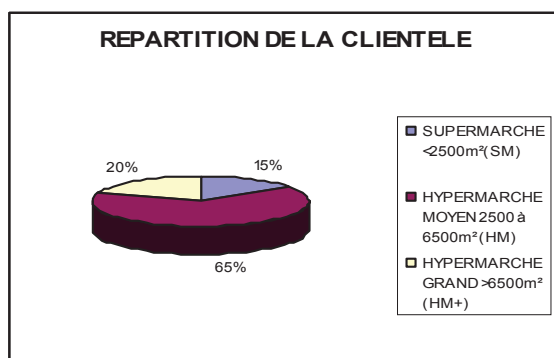
Marchandisage de séduction : Les produits sont implantés sur des murales, des cintres, des portants ou pliés sur des étagères et des rac quel que soit l'univers. Le balisage est limité mais il y a des services périphériques avec l'emploi des mannequins d'exposition et des mises en scène.



De gauche à droite, différentes techniques d'implantation sont pratiquées : l'implantation par panneaux vise à créer une impression de famille puisqu'on a les vêtements et accessoires présentés à proximité dans une logique d'achat impulsif. Des supports de présentation agissent comme des OAV. Et l'offre est théâtralisée. Les fiches produits sont swiftées au produit afin de permettre une meilleure gestion de l'achat. Les

LE REFERENCEMENT

1.3.4. La demande



1.3.4. Analyse concurrentielle

La clientèle est principalement composée de professionnels. De la distribution qui sont classés par taille de magasin. On les appelle les vitesses. Les différentes vitesses sont :

CONCURRENCE	PRODUITS	PRIX	COMMERCIALISATION	COMMUNICATION
INTERMARCHE	<ul style="list-style-type: none"> - Alimentaire, Décoration, Bricolage, Jardinage, Jeux, Presse, Photo - A ses propres producteurs 	Politique de prix bas	<p>LES MOUSQUETAIRES</p> <p>Groupe d'indépendants</p> <p>Centrale de référencement.</p> <p>90 % de supermarchés</p>	Communication sur le pouvoir d'achat, combat citoyen, proche de Leclerc
CARREFOUR	Idem + Incorporation de produits Blancs, Bruns et Gris.	Politique de prix élevés car veut un positionnement hypermarché	<ul style="list-style-type: none"> - Groupe de distribution Intégré et concentré Centrale d'achat 60% d'hypermarchés - Multi Enseignes avec chacune un positionnement différent 	Communication plus diffuse due au repositionnement
AUCHAN	Idem comme Carrefour mais avec une gamme plus large.	Idem Carrefour sauf prix un peu moins élevés.	<p>Groupe de distribution mixte associé et concentré</p> <p>Centrale d'achat</p> <p>60 à 70% d'hypermarchés</p>	Communication sur les bienfaits de la vie, la nature
E. LECLERC	Idem + Combustible	Politique agressive sur les prix les plus bas	<p>Groupe de distribution indépendant associé et concentré</p> <p>Groupement d'achat</p> <p>60 à 90% de supermarchés et d'hypermarchés</p>	Leclerc en ce moment met de l'humour dans sa communication, et a aussi créer le site « quiestlemoinscher.com » qui correspond à comparer les prix de la concurrence.

LE REFERENCEMENT

La différence est liée à plusieurs critères :

- L'organisation du réseau (on est dans le commerce indépendant associé alors que les autres sont dans le commerce intégré).
- Le format du commerce, nous avons les deux formes hypermarché et supermarché
- Le positionnement (Leclerc a une dimension humaine et social depuis les origines) d'autres ont un positionnement plus sur le prix.
- La taille de l'assortiment (lié au format de vente et aux marques)

Ce tableau permet de constater que les magasins E.Leclerc sont compétitifs dans chaque secteur que propose ses concurrents, de plus la politique de Leclerc visant à démocratiser un certain nombre de marchés, on voit apparaître de différents magasins spécialisés tels que Leclerc Jeans, Leclerc optique, E.Leclerc.photomoincher.com et Cultura. La communication se fait par différents supports et permet à l'information de pouvoir être reçu par tous.

SYSTEME D'INFORMATION COMMERCIAL DU GALEC

Les sources de l'information	La nature des informations	Le traitement des informations
<u>Adhérents</u> Téléphone, Télécopie, Mail Visite en show room	Résultats des ventes , ou d'étude de marché sur certaines gammes. Suivi des commandes. Informations sur les produits.	Réception par le standard puis réception de l'appel par le chargé d'achats ou de collection. Les acteurs tel que le responsable de rayon, la chargé d'achat et le directeur du GT traitent les informations qui sont par la suite enregistrées dans les dossiers clients.
<u>Fournisseurs</u> Téléphone, Télécopie, Mail, Visite	Proposition de produits et des conditions de vente. Demande d'information sur les conditions de référencement du GT. Suivi des livraisons	Réception par la responsable d'achat et la responsable du rayon puis transmission de l'information. Exécuté par l'assistance commerciale
<u>Equipe commerciale</u> Réunion collective	Résumé des litiges avec la clientèle Planification des tâches	Les réunions sont hebdomadaires (en début de semaine) Réunion une fois par mois
<u>Marché</u> Visite de salons Spécialisés (Interseccion) Abonnements à des magazines féminins (Elle, Marie Claire, Glamour...)	Information sur les nouveaux produits et les nouvelles tendances du marché Information sur les phénomènes de mode	Les données collectées sont traduites sous forme de book envoyé aux fournisseurs. La chargé de collection ainsi que la chargé d'achat tiennent compte des magazines afin de s'en inspirer pour la création de la nouvelle collection.
L'appartenance du GT au groupe Leclerc lui permet de disposer d'informations régulières sur le marché via des études et des veilles informationnelles réalisées ad hoc. Le domaine de l'activité lié à la mode suppose également de la veille informationnelle. Enfin, les relations avec les adhérents permettent de trouver de manière permanente des retours d'informations.		

II. Le traitement de l'information

1) Matériel

Pour chaque service, chaque personne possède un PC Dell avec connexion Wifi à Internet. Chaque rayon a une imprimante Lexmark en noir et blanc. Une imprimante couleur est mise à disposition pour chaque plateau avec un fax, le photocopieur est intégré à l'imprimante couleur générale.

2) Logiciels

Les logiciels utilisés par tout le personnel sont :

- Liés à la bureautique : WORD, EXCEL, POWER POINT
- Spécialisés : ISIS logiciel réservé à la seule exploitation du GALEC. Celui-ci permet d'entrer, de stocker et gérer les conditions

LE REFERENCEMENT

fournisseurs, les commandes et les produits.

- Le site TOTEM par INTRANET regroupe toutes les informations nécessaires sur les adhérents, le GALEC et son personnel ainsi que sur le Mouvement LECLERC.

- L'ensemble des postes est relié en réseau entre eux via un serveur nommé PANTAGRUEL.

III.L'analyse organisationnelle

Les acteurs	Rôle au sein du SIC	Accès aux informations
Le directeur du GT	Il est responsable des orientations stratégiques du groupe de travail composé de plusieurs rayons.	Accès à toutes les informations (administratives et commerciales)
La responsable rayon	Il est chargé de la coordination de son équipe commerciale dans le rayon. Il est au cœur de l'information (ascendante et descendante)	Accès à toutes les informations du GT et peut en modifier sur les logiciels spécialisés.
La chargé de collection	Appuie la responsable de rayon et la remplace si nécessaire	Accès à toutes les informations du GT et peut en modifier sur les logiciels spécialisés.
La chargé d'achat	Contact avec les fournisseurs (rencontres, appels téléphoniques, mail, fax, courrier). Participe à la diffusion des informations lors des comptes rendus.	Accès à toutes les informations du GT.
L'assistante commerciale	Contact avec les fournisseurs (rencontres, fax, courrier, mail, appels téléphoniques). Diffuse les informations internes de manière ascendante au responsable de rayon.	Accès aux informations administratives.

Formation et compétence

Chaque nouvel arrivant au Galec reçoit une documentation sur l'entreprise en général, ainsi qu'un identifiant et un mot de passe pour pouvoir accéder aux outils commerciaux sur Intranet (Totem) ainsi qu'une messagerie personnalisée LOTUS NOTES.

Concernant l'outil spécialisé au Galec ISIS, des formations sont organisées pour tout le personnel en salle avec une partie théorique et une partie pratique. Des remises à niveau sont également organisées régulièrement.

La diffusion de l'information dans l'entreprise

Conclusion :

Le système d'information du Galec se définit principalement par le logiciel ISIS. L'emploi de celui-ci permet donc à l'entreprise de répartir les données concernant les produits, les accords, ainsi que les dossiers fournisseurs, correctement au sein de l'entreprise.

TRAVAUX UNIVERSITAIRES

- 1992 : Mémoire de DEA de Sciences Politiques option Droit International à L'université de Nancy II :
Le degré d'autonomie de la « lex mercatoria » en tant qu'ordre juridique de droit transnational.

- 1991 : Mémoire de DEA de Droit Communautaire au Centre Européen Universitaire de Nancy :
L'expansion communautaire des banques française : un aspect de l'Espace Financier Européen.

- 1990 : Mémoire de Maîtrise de droit privé à l'UFR de Toulon :
Les stratégies des banques françaises face au marché unique de 1993.