

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 – Chambre 4
ARRÊT DU 23 JANVIER 2019

Numéro d'inscription au répertoire général : 17/13122 – Décision déferée à la Cour :
Jugement du 15 Mars 2017 – Tribunal de Commerce de MARSEILLE – RG n° 2015F00246

APPELANTS

- Madame C Z

née le [...] à [...]

Demeurant : Chez Monsieur E F

Représentée par Me Marie-Catherine VIGNES de la SCP GRV ASSOCIES, avocat au
barreau de PARIS, toque : L0010

Ayant pour avocat plaidant : Me Béatrice EYRIGNOUX, avocat au barreau de NICE, toque :
454

Appelante dans le dossier 17/13166

- Monsieur G X

né le [...] à [...]

Demeurant : Chez Monsieur E F

Représenté par Me Marie-Catherine VIGNES de la SCP GRV ASSOCIES, avocat au barreau
de PARIS, toque : L0010

Ayant pour avocat plaidant : Me Béatrice EYRIGNOUX, avocat au barreau de NICE, toque :
454

Appelant dans le dossier 17/13166

- SAS DISTRIBUTION N FRANCE, dont le sigle est DCF

Ayant son siège social : [...]

42000 SAINT-ETIENNE

N° SIRET : 428 268 023 (SAINT-ETIENNE)

prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

Représentée par Me Edmond FROMANTIN, avocat au barreau de PARIS, toque : J151

Appelante dans le dossier 17/13122 et intimée dans le dossier 17/13166

INTIMÉS

- Me I Y, ès qualités de liquidateur judiciaire de la SARL MAC'ALIMENTA (N° SIRET : 514 339 290 – DRAGUIGNAN), désigné à cette fonction par jugement du Tribunal de Commerce de DRAGUIGNAN en date du 21 mai 2013

Exerçant ses fonctions : [...]

Centre Hermes

[...]

Représenté par Me Florence GUERRE de la SELARL PELLERIN – DE MARIA – GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018

Ayant pour avocat plaidant : Me Bertrand CHARLET de la SELARL BEDNARSKI – CHARLET et Associés, avocat au barreau de LILLE

Intimée dans les 2 dossiers

- SAS DISTRIBUTION N FRANCE, dont le sigle est DCF

Ayant son siège social : [...]

42000 SAINT-ETIENNE

N° SIRET : 428 268 023 (SAINT-ETIENNE)

prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

Représentée par Me Edmond FROMANTIN, avocat au barreau de PARIS, toque : J151

Intimée dans le dossier 17/13166 at appelante dans le dossier 17/13122

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 27 Novembre 2018, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant Madame Laure COMTE, Conseillère, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame S T, Présidente de chambre

Madame Dominique MOUTHON VIDILLES, Conseillère,

Madame Laure COMTE, Vice-Présidente Placée, rédacteur, qui en ont délibéré.

Greffier, lors des débats : Madame K L

ARRÊT :

— contradictoire

— par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

— signé par Madame S T, président et par Madame K L, greffier auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE

La société Distribution N France exploite sous les enseignes, Petit N, Vival, Spar, M N, O N, N P et N Sopping un réseau principalement alimentaire de proximité, supermarchés, hypermarchés.

M. G X a réalisé sur la commune du Thoronet (83) un ensemble de locaux commerciaux afin de les vendre.

La société Mac'Alimenta, dont la gérante était Mme C Z épouse de M. X, a été créée pour exploiter un fonds de commerce de distribution alimentaire de proximité sous une enseigne « Vival », en raison d'espaces restant vacants dans les locaux commerciaux construits par M. G X à Thoronet.

Ainsi, le 31 août 2009, la société Mac'Alimenta et la société Distribution N France ont conclu d'une part un contrat d'approvisionnement et d'autre part une convention de location d'enseigne, pour une durée de 7 ans renouvelable et devant expirer le 30 août 2016 inclus.

En septembre 2009, un avenant au contrat d'approvisionnement a été signé entre les sociétés Mac'Alimenta et Distribution N France concernant la mise à disposition de matériel informatique et d'encaissement comprenant un logiciel dénommé Gold.

Au début de l'année 2010, le local commercial exploité par la société Mac'Alimenta sous l'enseigne Vival a été agrandi.

Par courrier du 30 novembre 2011, la société Mac'Alimenta a signifié à la société Distribution N France qu'elle souhaitait mettre fin aux contrats qui les liaient en raison de fautes graves dans l'exécution de ces contrats et invoquait :

- une politique de prix d'achat totalement incohérente,
- une politique de prix de vente « conseillés » conduisant à réaliser des marges négatives,
- une politique de prix bloqués (ou prix de vente personnalisés) sur une durée « indéfinie » et non maîtrisable,
- un outil informatique rendant matériellement impossible la gestion des prix de vente par le franchisé et rendant de fait « obligatoires » les prix conseillés,
- une gestion du contrat maintenant le franchisé dans une totale dépendance,
- une absence de toute assistance malgré les pertes engendrées et la poursuite d'une exploitation déficitaire.

La société Mac'Alimenta a alors demandé à la société Distribution N France de l'indemniser des préjudices qu'elle considérait avoir subis.

Le 1er décembre 2011, la société Mac'Alimenta a fait procéder à un constat d'huissier relatif au fonctionnement du logiciel de caisse.

Par courrier du 9 décembre 2011, la société Distribution N France a contesté les griefs qui lui étaient reprochés par la société Mac'Alimenta et lui a demandé de respecter ses engagements contractuels.

En février 2012, une ordonnance sur requête a autorisé la société Mac'Alimenta à placer sous séquestre une copie du disque dur de son logiciel informatique et des données qu'il renfermait.

La société Mac'Alimenta a demandé et obtenu en référé la désignation d'un expert judiciaire pour analyser le contenu du disque dur. Ainsi, par ordonnance de référé du 29 mai 2012, le Président du tribunal de commerce de Marseille a désigné M. Q A, en qualité d'expert judiciaire.

Par jugement du 21 mai 2013, la société Mac'Alimenta a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte par le tribunal de commerce de Draguignan, Me I Y ayant été désignée ès-qualités de liquidateur.

M. Q A a déposé son rapport d'expertise judiciaire le 30 septembre 2014.

Par jugement du tribunal de commerce de Draguignan du 13 janvier 2015, Mme C Z a fait l'objet d'une interdiction de gérer d'une durée de 7 ans.

Par acte du 20 janvier 2015, Me Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, a assigné la société Distribution N France devant le tribunal de commerce de Marseille en annulation du contrat Vival conclu le 31 août 2009 pour abus de dépendance économique et en réparation de ses préjudices.

Par décision du 15 octobre 2015, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, saisie de l'interdiction de gérer à l'encontre de Mme C Z, a prononcé le sursis à statuer jusqu'à l'intervention définitive d'une décision dans le contentieux opposant la société Mac'Alimenta à la société Distribution N France engagé par Me Y, ès-qualités.

Le 24 mars 2016, M. X et Mme Z, s'estimant victimes collatérales des agissements de la société Distribution N France, sont intervenus volontairement dans le cadre de l'instance opposant Me Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, à la société Distribution N France engagée devant le tribunal de commerce de Marseille.

Par jugement du 15 mars 2017, le tribunal de commerce de Marseille a :

— débouté la société Distribution N France de sa demande de nullité du pré-rapport et du rapport d'expertise judiciaire,

— débouté la société Distribution N France de sa demande de contre-expertise,

— constaté que la société Mac'Alimenta était placée dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de la société Distribution N France,

— constaté que les conditions nécessaires à la caractérisation d'un abus de dépendance économique n'étaient pas réunies,

en conséquence,

— débouté Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, de sa demande de nullité du contrat d'approvisionnement,

— prononcé la résiliation du contrat d'approvisionnement conclu le 31 août 2009, de ses annexes et de son avenant aux torts exclusifs de la société Distribution N France,

— condamné la société Distribution N France à payer à Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, les sommes de 132.000 euros en réparation du préjudice subi au titre de l'erreur sur les prix bloqués, 40.244 euros en réparation du préjudice subi au titre des produits vendus à perte, 30.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

— pris acte de l'intervention volontaire de M. G X et de Mme C Z et les a reçus en leur intervention volontaire,

— déclaré M. G X et Mme C Z recevables en leurs demandes,

— débouté M. G X et de Mme C Z de toutes leurs demandes, fins et conclusions,

conformément aux dispositions de l'article 696 du code de procédure civile,

— condamné la société Distribution N France aux dépens toutes taxes comprises de la présente instance tels qu'énoncés par l'article 695 du code de procédure civile, étant précisé que les droits, taxes et émoluments perçus par le secrétariat-greffe de la présente juridiction sont liquidés à la somme de 128,88 euros T.T.C., et le coût de l'expertise judiciaire taxé à la somme de 20.120,47 euros,

— rejeté pour le surplus toutes autres demandes, fins et conclusions contraires aux dispositions du présent jugement.

M. G X et de Mme C Z et la société Distribution N France ont interjeté appel du jugement par déclarations séparées au greffe du 29 juin 2017.

Par ordonnance du 6 février 2018, la jonction des deux procédures d'appel inscrites au rôle sous les numéros 17/13122 et 17/13166 a été ordonnée.

La procédure devant la cour a été clôturée le 13 novembre 2018.

Vu les conclusions du 24 octobre 2018 par lesquelles la société Distribution N France, appelante dans l'instance 17/13122 et intimée dans l'instance 17/13166, invite la cour, au visa de l'article 6 §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen du 4 novembre 1950, 16, 122, 123, 145, 146, 175, 237 et 276 alinéa 1er et 2nd du code de procédure civile, L. 420-2, L.420-3, L.420-7, R.420-3 du code de commerce, 1134 et 1382 anciens du code civil, à :

— infirmer partiellement le jugement du tribunal de commerce de Marseille du 15 mars 2017 en ce qu'il :

— l'a déboutée de sa demande de nullité des pré-rapport et rapport d'expertise de Mme R et M. A, ou à défaut, d'ordonner une contre-expertise,

— a constaté la résiliation du contrat d'approvisionnement aux torts exclusifs de la société Distribution N France,

— a dit que la société Mac'Alimenta était dans une situation de dépendance économique à son égard,

— l'a condamnée à payer les sommes de :

* 132.000 euros en réparation du préjudice prétendument subi par la société Mac'Alimenta au titre de l'erreur sur les prix bloqués,

* 40.244 euros en réparation du préjudice prétendument subi par la société Mac'Alimenta au titre des produits vendus à perte,

soit une somme totale de 172.244 euros, outre une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens (comprenant la somme de 20.120,47 euros au titre des frais d'expertise),

— a déclaré recevable l'intégralité des demandes des Consorts X / Z,

— l'a déboutée de sa demande pour procédure abusive,

statuant à nouveau et en tout état de cause :

in limine litis :

— constater la violation par Mme R et M. A, respectivement expert-sapiteur et expert, des principes du contradictoire et d'objectivité dans le cadre de leur mission d'expertise in futurum ordonnée,

en conséquence :

— infirmer le jugement rendu le 15 mars 2017 par le tribunal de commerce de Marseille en ce qu'il n'a pas prononcé la nullité des pré-rapport et rapport d'expertise de Madame R et M. A,

— dire nuls les pré-rapport et rapport d'expertise de Mme R et M. A, ou à défaut, ordonner une contre-expertise,

en tout état de cause :

concernant la société Mac'Alimenta :

— constater la parfaite inanité de l'ensemble des griefs soulevés par Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta,

— constater l'absence de toute dépendance économique la société Mac'Alimenta envers elle,

— constater que la société Mac'Alimenta ne verse pas au débat la moindre preuve d'une quelconque 'police' des prix de revente au consommateur pratiquée par la société Distribution N France,

— constater, en toute hypothèse, l'absence d'abus d'une quelconque dépendance économique, à supposer établie, par elle,

— constater que la société Mac'Alimenta ne justifie jamais au sens de l'article L.420-2 alinéa 2 du code de commerce de l'effet anticoncurrentiel des pratiques qu'elle prétend dénoncer,

— dire que la société Distribution N France n'a pas été défaillante dans son obligation de fournir un logiciel informatique, simple obligation de moyen,

en conséquence :

— débouter Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, de sa demande de nullité du contrat d'approvisionnement et/ou de résiliation aux torts de la société Distribution N France dudit contrat,

— constater l'absence de tout préjudice réparable de la société Mac'Alimenta et imputable à elle,

— débouter Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, de l'ensemble de ses demandes fins et prétentions,

concernant les consorts Z / X :

sur l'absence de qualité à agir de Mme Z et M. G X :

— dire que Mme Z et M. G X sont irrecevables en leurs demandes,

sur le fond :

— constater l'absence de toute faute commise par elle à l'encontre de Mme Z et M. G X,

— constater l'absence de tout préjudice réparable prétendument subi par Mme Z et M. G X imputable à elle,

en conséquence :

— débouter M. G X et Mme C Z de l'ensemble de leurs demandes, fins et prétentions,

à titre reconventionnel :

— constater le caractère abusif de la procédure introduite par la société Mac'Alimenta,

— constater le caractère abusif de l'intervention volontaire des consorts Z / X dans le cadre de l'instance,

en conséquence :

— fixer au passif de la société Mac'Alimenta sa créance pour la somme de 150.000 euros pour

procédure abusive,

— condamner solidairement M. G X et Mme C Z à lui payer la somme de 150.000 euros pour procédure abusive,

sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens :

— condamner solidairement Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac’Alimenta, M. G X et Mme C Z à lui verser la somme de 100.000 euros au titre de l’article 700 du code de procédure civile,

— condamner solidairement Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac’Alimenta, M. G X et Mme C Z aux entiers dépens,

— condamner solidairement Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac’Alimenta, M. G X et Mme C Z à lui payer, en cas d’exécution forcée de la décision à intervenir, une indemnité équivalente au droit proportionnel mis à la charge du créancier par l’huissier instrumentaire au titre de l’article 10 du décret 2001-212 du 8 mars 2001 ;

Vu les conclusions du 2 novembre 2018 par lesquelles Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac’Alimenta, intimée dans les deux instances jointes, demande à la cour, au visa des articles L 110-3, L 420-2, L 420-3, L 420-7, R 420-3 du code de commerce et 1184 ancien du code civil, de :

— confirmer la décision déferée en ce qu’elle a :

* débouté la société Distribution N France en toutes ses demandes,

* constate’ une situation de dépendance économique,

— infirmer la décision déferée sur les prétentions suivantes :

* constater que la pratique des prix bloqués par la société Distribution N France poursuivait un objectif anti-concurrentiel ; surabondamment qu’elle a produit un effet anti-concurrentiel en conduisant la société Mac’Alimenta à vendre à perte pour fidéliser la clientèle au détriment de l’enseigne concurrente située dans le même secteur de chalandise,

— constater que le changement de tarif de cession des marchandises, imposé par la société Distribution N France, pendant les opérations promotionnelles, conduisant l’exploitant à vendre à perte, constitue un abus de dépendance économique,

— constater une pratique de prix imposés par la société Distribution N France, que ce soit à l’occasion de la pratique de prix bloqués en octobre 2009 et durant 2 ans, et à raison de l’impossibilité effective pour l’exploitant de pouvoir modifier les prix conseillés par la société Distribution N France, l’exploitant n’ayant pas reçu la formation nécessaire afin de modifier les prix via le logiciel Gold, en sorte que toute modification des prix, effectuée directement sur la caisse, était écrasée par l’intégration quotidienne du fichier prix mis à jour par la société Distribution N France,

en conséquence,

— constater que la société Mac’Alimenta a été victime d’un abus de dépendance économique de la société Distribution N France,

— réformant le quantum des préjudices alloués à la société Mac'Alimenta :

* condamner la société Distribution N France au paiement de la somme de 521.656,25 euros au titre du préjudice économique,

* condamner la société Distribution N France au paiement de la somme de 100.000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral,

* condamner la société Distribution N France, en application de l'article 1382 du code civil, au titre du préjudice subi du fait de la mise en oeuvre de la procédure collective, à la somme de 380.466,14 euros,

à titre subsidiaire :

— confirmer le jugement déféré, qui a prononcé la résiliation judiciaire du contrat Vival aux torts exclusifs de la société Distribution N France,

— infirmer le jugement déféré sur le quantum des réparations et condamner la société Distribution N France au paiement de la somme de 521.656,25 euros au titre du préjudice économique,

à titre infiniment subsidiaire :

— confirmer le jugement déféré, qui a prononcé la résiliation judiciaire du contrat Vival aux torts exclusifs de la société Distribution N France, en toutes ses dispositions,

— lui donner acte qu'elle s'en remet au mérite des prétentions personnelles de M. X et Mme Z,

en y ajoutant :

— condamner la société Distribution N France au paiement de la somme de 50.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'en tous les frais et dépens de l'instance, en ce compris le coût de l'expertise judiciaire taxé à la somme de 20.120,47 euros ;

Vu les conclusions du 28 novembre 2017 par lesquelles M. G X et Mme C Z, appelants dans le dossier 17/13166, demandent à la cour, de :

— infirmer le jugement du tribunal de commerce de Marseille du 15 mars 2017 en ce qu'il les a déboutés de toutes leurs demandes, fins et conclusions,

— débouter la société Distribution N France de son appel et de toutes ses demandes fins et conclusions,

— déclarer recevable leur appel,

- débouter la société Distribution N France de toutes ses demandes fins et conclusions,
- dire recevables leurs demandes à l'encontre de la société Distribution N France,
- dire qu'ils ont été les victimes par ricochet de l'abus de dépendance économique commis par la société Distribution N France à l'encontre de la société Mac'Alimenta,
- constater qu'ils ont perdu l'intégralité de leur patrimoine en raison des agissements illicites de cette société,
- dire que les fautes commises par la société Distribution N France sont directement à l'origine de leurs préjudices financiers et moraux,
- condamner la société Distribution N France à leur verser la somme de 4.534.840 euros en réparation de leur préjudice matériel à la suite de la perte de leur logement et de leur local commercial,
- condamner la société Distribution N France à leur verser la somme de 50.000 euros chacun au titre de leur préjudice moral,
- condamner la société Distribution N France à leur verser la somme de 15.000 euros chacun, conformément aux dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

SUR CE, LA COUR,

La cour se réfère, pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens échangés et des prétentions des parties, à la décision déferée et aux dernières conclusions échangées en appel.

En application de l'article 954 alinéa 2 du code de procédure civile, la cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif des conclusions.

A titre liminaire, il convient de relever que dans le dispositif de ses conclusions, qui seul lie la cour, Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, ne demande pas l'infirmité du jugement en ce qu'il l'a déboutée de sa demande de nullité du contrat Vival, ni en cause d'appel, la nullité de ce contrat. Il apparaît donc que la cour n'est pas saisie sur ce point.

Sur la nullité des pré-rapport et rapport d'expertise judiciaire

La société Distribution N France demande la nullité du rapport d'expertise de Monsieur l'expert M. A du 30 septembre 2014 et du pré-rapport de Mme R, expert sapiteur, pour violation du principe du contradictoire et de l'obligation d'objectivité imposés à tout expert judiciaire. Elle soutient que l'expert sapiteur et l'expert n'ont pas tenu compte de ses dires des 27 janvier 2014 et 10 juillet 2014 dans leur pré-rapport et rapport respectifs. Elle souligne que Mme R avait le temps de prendre en considération ses observations, celle-ci ayant transmis

son rapport près de 6 mois, après son dire et que M. A était dans l'obligation de prendre en compte l'ensemble des dires envoyés en tout état de cause avant le 30 septembre 2014, date du dépôt de son rapport définitif. Elle fait valoir qu'elle a subi un grief incontestable résultant de la violation du principe du contradictoire. Elle excipe qu'elle ne pouvait saisir de cette difficulté le juge chargé du contrôle des expertises car la situation ne s'est révélée qu'après le dépôt du rapport d'expertise déposé le 30 septembre 2014, moment où le juge chargé du contrôle des expertises voit sa compétence épuisée.

Me I Y, ès-qualités, soutient que la nullité du rapport d'expertise sollicitée doit répondre aux règles de la nullité des actes de procédure qui suppose la démonstration d'un grief. Elle relève que le principe du contradictoire a été respecté par les experts, dans la mesure où la société Distribution N France a été mise en demeure à plusieurs reprises d'apporter des réponses précises aux questions posées par l'expert sapiteur notamment. Elle souligne aussi que, même après le dépôt du rapport d'expertise, et dans le cadre d'un référé, comme en l'espèce, la société Distribution N France aurait pu saisir le juge chargé du contrôle de l'expertise et constate que cette dernière ne l'a pas fait. Elle excipe également que la société Distribution N France n'apporte pas la preuve du défaut d'impartialité des experts ni d'un grief qu'elle aurait subi. Elle excipe enfin que la société Distribution N France, n'apportant aucun élément objectif susceptible de remettre en cause les conclusions du rapport d'expertise, sa carence dans l'administration de la preuve ne pourra être suppléée par une nouvelle mesure d'instruction.

Aux termes de l'article 175 du code de procédure civile, « La nullité des décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction est soumise aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure ».

L'expert judiciaire doit observer le principe de la contradiction énoncé par l'article 16 du code de procédure civile. Dès lors, la méconnaissance par l'expert judiciaire du principe de la contradiction constitue l'inobservation d'une formalité substantielle et peut être sanctionnée par la nullité des opérations d'expertise, par application de l'article 114 du code de procédure civile, lorsque la partie qui l'invoque prouve le grief que lui a causé l'irrégularité.

L'article 276 du même code dispose que :

« L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent.

Toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge.

Lorsqu'elles sont écrites, les dernières observations ou réclamations des parties doivent rappeler sommairement le contenu de celles qu'elles ont présentées antérieurement. A défaut, elles sont réputées abandonnées par les parties.

L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées».

En l'espèce, il ressort du déroulement des opérations d'expertise que :

— l'expert sapiteur en informatique, Mme R, devait d'abord rendre son rapport sur ce point pour que M. A, expert-comptable, analyse les éléments constatés par l'expert informatique pour déterminer leur ampleur et l'impact éventuel sur l'activité, et donner un avis sur le préjudice allégué,

— les 6 réunions d'expertise se sont déroulées les 24 juillet, 17 septembre, 4 décembre 2012, 28 mars, 16 juillet et 8 octobre 2013 en présence des parties et de leurs conseils, et notamment la société Distribution N France devant Mme R,

— les parties ont été en mesure de faire état de leurs observations et de leurs réponses, chaque réunion ayant donné lieu à un compte-rendu dans lequel il était demandé aux parties et notamment à la société Distribution N France des explications et la communication de certaines pièces,

— Mme R a rappelé dans le compte-rendu de réunion du 16 juillet 2013 qu'elle demeurait dans l'attente de la communication par la société Distribution N France des pièces et explications demandées au cours de la réunion du 17 septembre 2012 et listées dans le compte-rendu de cette réunion, cette dernière s'engageant à communiquer les pièces au plus tard à la fin du mois d'octobre 2013,

— l'expert judiciaire a relancé la société Distribution N France par courrier du 27 novembre 2013, demandant la communication des pièces demandées,

— par courrier du 12 décembre 2013, le conseil de la société Distribution N France a répondu à l'expert judiciaire qu'il ne pourrait pas communiquer les éléments sollicités ainsi qu'un dire avant le 10 janvier 2014,

— ce n'est que le 27 janvier 2014 que le dire de la société Distribution N France a été envoyé à l'expert judiciaire,

— le 1er avril 2014, Mme R a envoyé son compte-rendu de mission dans lequel elle relève que la société Distribution N France n'a pas communiqué les pièces demandées à la date ultime à laquelle cette dernière s'était engagée, après de multiples relances,

— le 23 juin 2014, Mme R a déposé son pré-rapport d'expertise, sans que la société Distribution N France ne fasse part de ses observations suite au compte-rendu du 1er avril 2014.

Dès lors, il apparaît que le principe de contradiction a été observé lorsque l'expert, ayant réuni les parties au cours de cinq réunions sur le fond, la première étant de pure forme, les a invitées à formuler leurs observations et à communiquer les pièces demandées depuis plus d'une

année, après de multiples relances, alors que les autres parties avaient communiqué l'ensemble des pièces demandées ainsi que des dires dans les délais impartis.

Il ne peut donc être reproché au sapiteur de ne pas avoir tenu compte des pièces et du dire communiqués après la date fixée par l'expert, suite à de multiples relances, étant relevé que l'expertise judiciaire a débuté le 24 juillet 2012, que la dernière date autorisée par l'expert était le 10 janvier 2014, après que l'ensemble des réunions au fonds aient été tenues, en vertu de l'article 276 al. 2 précité, et que l'expertise comptable devait encore avoir lieu.

De même, l'expert judiciaire, M. A, ne pouvait modifier les conclusions de l'expert sapiteur, reprises au point 5.1, dont l'objet portait sur un domaine technique qui ne relève pas de sa compétence et qui ont justifié justement la désignation d'un sapiteur, la société Distribution N France ayant eu un délai très suffisant pour communiquer au sapiteur les pièces demandées.

En outre, les 10 juillet et 7 août 2014, la société Distribution N France a communiqué des dires à l'expert judiciaire, qui sont annexés au rapport d'expert et qui portent très essentiellement sur les points techniques abordés ayant fait l'objet du pré-rapport par le sapiteur, dont il a été relevé ci-dessus que c'est légitimement que M. A n'en a pas tenu compte et point sur lequel il s'explique dans le rapport d'expertise.

En conséquence, le sapiteur comme l'expert judiciaire n'ont pas violé le principe du contradictoire. Il n'y a donc pas lieu d'annuler le pré-rapport et le rapport d'expertise ni d'ordonner une nouvelle expertise judiciaire. Le jugement doit être confirmé sur ce point.

Sur la qualification du contrat du 31 août 2009 liant les sociétés Distribution N France et Mac'Alimenta

Me I Y, ès-qualités, soutient que le contrat d'approvisionnement la liant à la société Distribution N France doit être qualifié de contrat de franchise, cette dernière mettant en avant son expérience dans l'approvisionnement et indiquant qu'elle est susceptible d'apporter des services spécifiques découlant de son expérience dans la gestion et la commercialisation desdits produits lui permettant d'offrir à ses clients des conditions tarifaires compétitives et un service performant, le cocontractant bénéficiant de « l'assistance commerciale et des services spécifiques de la part du fournisseur qui permettent de dynamiser la vente desdits produits ». Elle précise qu'en contrepartie des avantages tels que l'assistance publicitaire, administrative, et commerciale, mais aussi lors de la mise en place du concept commercial, y compris un système de caisse informatique faisant l'objet d'une annexe, mis à sa disposition par la société Distribution N France, une redevance mensuelle était payée par la société Mac'Alimenta. Elle fait valoir que le contrat prévoit la transmission d'un savoir-faire, d'une enseigne et d'une assistance en contrepartie d'une redevance, caractérisant ainsi un contrat de franchise.

La société Distribution N France conteste avoir été liée à la société Mac'Alimenta par un contrat de franchise et soutient qu'il s'agissait d'un contrat d'approvisionnement avec licence d'enseigne. Elle explique que les magasins franchisés bénéficient de tout le savoir-faire, de l'assistance continue et d'un magasin « clé en main » tandis que les magasins, ayant contracté un simple contrat d'approvisionnement, ne bénéficient que de l'attractivité des prix de la centrale d'achats du groupe N, et parfois de son assistance mais gardent une liberté plus

importante. Elle affirme que le contrat d'approvisionnement signé avec la société Mac'Alimenta, ne porte jamais sur la transmission d'un savoir-faire mais simplement sur un approvisionnement de marchandises à des prix avantageux et une enseigne. Elle relève que la fourniture d'un logiciel de gestion dénommé « Gold » permettant de gérer au mieux sa propre politique de prix, soit en suivant les prix conseillés par la société Distribution N France, soit en appliquant ses propres prix, fait l'objet d'une convention indépendante du contrat Vival. Elle excipe que l'essence du savoir-faire en la matière n'est pas « la transmission d'une politique tarifaire » mais l'octroi de signes distinctifs et attractifs de clientèle, le fait de sélectionner des produits proposés à la vente, la transmission d'une bible / un manuel opérationnel détaillé qui caractériserait la transmission effective d'un savoir-faire du franchiseur, et ce savoir-faire doit être secret et protégé contractuellement dans le cadre de la relation de franchise.

Le contrat de franchise a été défini par le règlement de la Commission n° 4087/1988 du 30 novembre 1988 comme « un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevet, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals ». Si cette définition n'a pas été reprise par le règlement unique d'exemption des accords verticaux adopté le 20 avril 2010, les lignes directrices du Règlement du 10 mai 2010, exposant la doctrine de la Commission sur son application, proposent une définition comparable, notamment en son §189 qui précise que « les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuels, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale. (') Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions ».

Ainsi, le contrat de franchise se définit par ses caractéristiques de transfert d'un signe distinctif (nom commercial, sigles et symboles, marque, logo), de transmission d'un savoir-faire éprouvé et d'une assistance commerciale de la part du franchiseur. En contre-partie le franchisé s'oblige au paiement de redevances.

En l'espèce, le contrat intitulé contrat d'approvisionnement Vival, liant les parties, prévoit que :

— le fournisseur, la société Distribution N France, « a acquis une certaine compétence dans la commercialisation des produits dont il assure par lui-même ou par des fournisseurs référencés,

l'approvisionnement et est susceptible d'apporter des services spécifiques découlant de son expérience dans la gestion et la commercialisation desdits produits lui permettant d'offrir à ses clients des conditions tarifaires compétitives et un service performant. Sont regroupés sous l'enseigne « Vival », des magasins de proximité qui proposent à la clientèle les produits du fournisseur et bénéficient de l'assistance commerciale et des services spécifiques de la part du fournisseur qui permettent de dynamiser la vente desdits produits », (préambule du contrat p.1),

— « le détaillant étant intéressé pour intégrer le réseau Vival et ainsi bénéficier de l'image de marque de l'enseigne Vival, d'un approvisionnement en produits de qualité par le fournisseur, de services spécifiques et d'une assistance commerciale », (préambule du contrat p.1),

— la société Mac'Alimenta « s'engage à s'approvisionner en priorité pour tous les produits référencés par le fournisseur auprès de lui. Dans tous les cas, le montant de ces approvisionnements auprès du fournisseur ne pourra pas être inférieur à 11.216 euros en moyenne mensuelle hors taxe, lissée sur un an », (article 3 « Approvisionnement ' clause d'approvisionnement minimum » du contrat p.2),

— la société Mac'Alimenta, « commerçant indépendant, reste libre de fixer sa politique commerciale et tarifaire. Il devra cependant tenir compte dans la détermination de ses prix des tarifs conseillés qui seront mis à sa disposition par le fournisseur. Le détaillant s'interdit de commercialiser les produits dans des conditions susceptibles de porter atteinte à l'image du fournisseur », (article 3 « Approvisionnement ' politique commerciale » du contrat p.2),

— une assistance publicitaire est apportée par la société Distribution N France à la société Mac'Alimenta, (article 4 intitulé « Prestations diverses ' assistance publicitaire » du contrat p.4) et définie en annexe 2 dudit contrat (p.11- article 6), la société Distribution N France fournissant les documents publicitaires qu'elle élabore dans le cadre des actions nationales de publicité du réseau de magasin à enseigne Vival et devant approuver préalablement les actions publicitaires locales de la société Mac'Alimenta,

— la société Distribution N France « définira la stratégie commerciale concernant les produits, leur distribution et les animations commerciales concernant lesdits produits », (article 4 intitulé « Prestations diverses ' assistance commerciale » du contrat p.4),

— la société Distribution N France « fournira au détaillant toutes les indications que ce dernier sollicitera sur les différents documents administratifs et commerciaux qu'il utilise dans le cadre de son activité de commerce au détail », (article 4 intitulé « Prestations diverses ' assistance administrative » du contrat p.4),

— la société Distribution N France fournit une assistance lors de la mise en place du concept commercial, conseillant la société Mac'Alimenta sur l'implantation du local, la présentation des produits, les caractéristiques techniques du système de caisse étant également communiquées dans ce cadre par la société Distribution N France à la société Mac'Alimenta, (article 4 intitulé « Prestations diverses ' assistance lors de la mise en place du concept commercial » du contrat p.4),

— la société Distribution N France fournit des prestations liées au fonctionnement du magasin rémunérées sur demande tel que le balisage, les terminaux de prise de commande, le traitement d'un inventaire ou la location de caisse (article 4 intitulé « Prestations diverses ' prestations diverses » du contrat p.4 et annexe 3 du contrat p.12),

— la société Mac'Alimenta s'acquitte d'une redevance mensuelle à la société Distribution N France en contrepartie de la concession des droits de marque et des prestations proposées par cette dernière (article 5 intitulé « Redevances » p.4 du contrat),

— la société Mac'Alimenta s'interdit de gérer pendant toute la durée du contrat une entreprise ou une société concurrente à la société Distribution N France et à son réseau (article 6 intitulé « Clause de non concurrence » p.5 du contrat).

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la société Distribution N France ne met pas seulement à disposition de la société Mac'Alimenta l'enseigne « Vival » et des produits mais également un savoir-faire complet relatif à la distribution de type supérette traditionnelle, comprenant la publicité, la politique de prix conseillés, la gestion administrative, la mise en place du magasin, moyennant le paiement d'une redevance.

Dans ces conditions, il y a lieu de qualifier le contrat d'approvisionnement « Vival » du 31 août 2009 entre la société Distribution N France et la société Mac'Alimenta de contrat de franchise.

Sur l'abus de dépendance économique

La caractérisation d'un abus de dépendance économique nécessite que soient établis une situation de dépendance et un abus de cette situation.

L'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du code de commerce 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. 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 ».

Il convient donc de rechercher d'abord l'existence d'une situation de dépendance économique de la société Mac'Alimenta à l'égard de la société Distribution N France.

Me I Y, ès-qualités, soutient que la société Mac'Alimenta était en situation de dépendance économique de la société Distribution N France au regard de :

— la notoriété de la société Distribution N France car elle est l'un des principaux distributeurs français, numéro 1 dans le domaine de la proximité,

— la part de marché de la société Distribution N France notamment dans le département du Var dans lequel il y a une concentration de magasins sous enseigne de Distribution N France (N, Vival et Spar) et tout particulièrement dans le domaine de la proximité (130 points de

vente lorsque son concurrent direct, Carrefour Proximité France, ne représente que 10 points de vente,)

— l'importance de la part de marché de la société Distribution N France dans son chiffre d'affaires : son taux d'approvisionnement étant d'environ 69 %, dont 52,45 % de produits à marque propre N,

— l'impossibilité pour elle de trouver une solution commerciale équivalente compte-tenu de la clause de non concurrence contractuelle.

Elle explique que cette situation de dépendance économique était renforcée par :

— le fait qu'elle était tenue de respecter la politique commerciale préconisée par le franchiseur en vertu des articles 3 et 4 du contrat, ne pouvant que respecter le tarif préconisé par la société Distribution N France car les prix d'une centaine d'articles avaient été bloqués par cette dernière, les marchandises étaient livrées pré étiquetées, les modifications des tarifs réalisées par la société Distribution N France via le logiciel de caisse GOLD intervenant chaque jour, écrasaient ses propres modifications,

— le fait qu'elle se devait de passer toutes les commandes via le logiciel mis au point par le franchiseur et mis à la disposition du franchisé suivant contrat de location conclu le 11 septembre 2009 et qui était le seul à pouvoir modifier les prix en caisse via Gold sans voir les prix écrasés par les descentes de prix quotidiennes du franchiseur,

— le fait que la faculté laissée à l'exploitant de pouvoir choisir son propre matériel informatique était totalement théorique, les parties ayant convenu au titre de l'avenant au contrat de franchise que l'exploitant respectait les normes du franchiseur, et celles-ci ne pouvant être appliquées qu'à travers le logiciel informatique mis au point par la société Distribution N France,

— le fait qu'aucun autre système susceptible d'être choisi par le franchisé ne pouvait lui permettre de passer commande en direct auprès de la centrale de la société Distribution N France,

— le fait que l'exploitant ne connaissait pas le prix des marchandises au moment de la commande, celui-ci n'étant déterminé qu'au moment de la livraison et que donc ce n'est qu'en analysant facture par facture, ligne par ligne, que Mme X a pu s'apercevoir des conséquences de ces prix bloqués,

— le fait que le logiciel de commande ne permet pas toujours d'accéder à la description du produit.

La société Distribution N France réplique que les critères pour caractériser la dépendance économique ne sont pas remplis en l'espèce. Elle conteste, en outre, toute obligation d'approvisionnement exclusif dans le contrat d'approvisionnement comme d'application tarifaire qu'elle aurait imposée à la société Mac'Alimenta. Elle soutient que cette dernière ne l'a jamais rappelée pour modifier de nouveau ses prix de vente après le blocage des prix de

certaines produits jusqu'en 2049, précisant que la société Mac'Alimenta pouvait le faire elle-même pour avoir été formée et qu'elle reconnaissait qu'elle ne s'occupait de rien quant aux tarifs. Elle indique qu'en pratique tous les produits restent plus ou moins dans une fourchette de prix similaire d'année en année, et qu'en tout état de cause, dans le cadre des réseaux de distribution alimentaire, la tête de réseau se réserve classiquement la faculté de modifier son tarif au cours de la relation commerciale, afin de tenir compte notamment de la volatilité du prix de certains produits. Elle excipe que c'est la société Mac'Alimenta qui acceptait elle-même les descentes de prix à chaque fois, ce qui avait pour effet d'écraser nécessairement le prix en cours alors qu'elle pouvait refuser en cliquant « non ». Elle rappelle enfin que Mme X a été frappée d'une interdiction de gérer, prouvant la gestion anarchique qu'elle faisait de son fonds de commerce et les causes de sa déconfiture.

Pour caractériser l'existence d'une situation de dépendance économique, il convient de tenir compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part de fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur et, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents.

L'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables.

Dans le cadre d'un réseau de franchise, la sauvegarde de l'identité du réseau ainsi que la protection du savoir-faire du franchiseur justifient l'exercice, par ce dernier, d'un certain contrôle sur la politique commerciale des franchisés. Cependant un tel contrôle ne saurait excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ces objectifs. La mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait ainsi résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse être opposée aux franchisés.

Ceci étant précisé, il convient de souligner qu'aucune discussion ne porte sur le marché pertinent du commerce d'alimentation générale de proximité, ni sur la zone géographique concernée, à savoir le secteur du Thoronet.

Sur ce marché, la société Distribution N France, dont la notoriété de la marque n'est pas contestée, dispose d'une part de marché, sinon dominante, du moins prépondérante, 7 magasins sur 13 dudit secteur relevant de celle-ci.

En l'espèce, le contrat liant les parties prévoit une clause d'approvisionnement minimum ainsi rédigée : « Le détaillant s'engage à s'approvisionner en priorité pour tous les produits référencés par le fournisseur auprès de lui. Dans tous les cas, le montant de ses

approvisionnements auprès du fournisseur ne pourra pas être inférieur à 11.216 euros (onze mille deux cent seize euros) en moyenne mensuelle hors taxes, lissés sur un an ».

Cette clause implique, comme le relève justement la société Distribution N France, que seuls les produits de marque de distributeur N sont nécessairement achetés auprès d'elle mais qu'en revanche pour les autres produits, la société Mac'Alimenta pouvait librement choisir ses fournisseurs à la condition d'acheter en moyenne lissée sur une année pour la somme de 11.126 euros mensuellement auprès d'elle tous types de produits confondus.

Or, si la société Mac'Alimenta a choisi de commander à la société Distribution N France mensuellement pour une fourchette allant de 15.969 euros à 52.690 euros, comme elle le reconnaît dans ses conclusions (p.55), représentant en moyenne en 2010 un cumul d'achat annuel de 297.162,26 euros auprès de la société Distribution N France (pièce 17 Mac'Alimenta) soit 24.763 euros mensuellement, cet état de fait n'a pas été imposé par la société Distribution N France et les produits de marque N représentent environ la moitié des produits commandés par la société Mac'Alimenta à la société Distribution N France. Elle pouvait donc librement s'adresser à d'autres distributeurs s'agissant des autres produits.

Par ailleurs, le contrat prévoit une obligation de non concurrence à la charge de la société Mac'Alimenta à l'article 6 « Clause de non concurrence » en ces termes « Pendant toute la durée du présent contrat, le détaillant s'interdit de créer, participer ou s'intéresser directement ou indirectement par lui-même ou par personne interposée, à toute entreprise ou société concurrente de la société Distribution N France et du réseau du fournisseur, et en particulier à tout commerce de distribution de type supérette traditionnelle ou automatique ».

Mais, la société Mac'Alimenta ne peut déduire de l'application conjuguée de ces deux articles précités qu'elle n'a pas d'autre choix que de s'adresser, soit directement à la société Distribution N France soit aux fournisseurs référencés par cette dernière, ou éventuellement aux autres franchisés de la société Distribution N France pour s'approvisionner en marchandises, cette clause ne lui interdisant que l'exploitation directe ou indirecte d'une autre enseigne concurrente pendant la seule durée du contrat mais aucunement l'interdiction de se fournir auprès d'autres fournisseurs.

En outre, la clause n°11 relative au pacte de préférence qui donne, en substance, une priorité à la société Distribution N France dans l'hypothèse d'une vente par la société Mac'Alimenta portant sur le fonds de commerce, n'a aucune incidence sur la possibilité ou l'impossibilité de la société Mac'Alimenta de se fournir auprès d'autres fournisseurs dans le cadre de l'exécution du contrat litigieux, contrairement à ce qu'elle soutient, y compris en la conjuguant avec les articles précités.

Ainsi, la société Mac'Alimenta ne démontre pas qu'elle était dans l'impossibilité juridique ou technique de commander à d'autres fournisseurs que la société Distribution N France les produits équivalents au-delà du seuil mensuel de 11.126 euros, étant relevé qu'elle dépassait largement ce seuil mensuellement et qu'elle disposait donc de la liberté de s'adresser à d'autres

fournisseurs pour les produits qui ne sont pas de marque N qu'elle n'a pas choisi d'utiliser, ce qu'elle ne peut imputer à la société Distribution N France.

Le contrat dispose aussi que « Le détaillant, commerçant indépendant, reste libre de fixer sa politique commerciale et tarifaire. Il devra cependant tenir compte dans la détermination de ses prix des tarifs conseillés qui seront mis à sa disposition par le fournisseur. Le détaillant s'interdit de commercialiser les produits dans des conditions susceptibles de porter atteinte à l'image du fournisseur » et que « Le fournisseur définira la stratégie commerciale concernant les produits, leur distribution et les animations commerciales concernant lesdits produits », clause classique dans des contrats de franchise, mais qui pour autant ne caractérise pas une dépendance économique à l'égard de la société Distribution N France, les clauses précitées n'empêchant pas la société Mac'Alimenta de trouver une solution commerciale équivalente à celle proposée par la société Distribution N France, si elle souhaitait cesser ses relations commerciales avec cette dernière.

Enfin, les griefs relatifs aux prix imposés par la société Distribution N France comme ceux relatifs au respect des normes informatiques du franchiseur sont sans objet dans la caractérisation d'un état de dépendance économique, ceux-ci n'ayant pas de conséquence sur la possibilité pour le franchiseur de trouver une solution commerciale équivalente, s'agissant d'actes relatifs à l'exécution du contrat qui n'interdisent pas au franchisé de trouver une solution alternative à celle proposée par le franchiseur.

Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, ne démontre pas l'état de dépendance économique de la société Mac'Alimenta à l'égard de la société Distribution N France, préalable à l'application des dispositions de l'article L 420-2 al. 1 et 2 du code de commerce.

Dès lors, il y a lieu de rejeter les demandes formées par Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta sur le fondement de l'abus de dépendance économique. Le jugement doit être infirmé en ce qu'il a :

— constaté que la société Mac'Alimenta était placée dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de la société Distribution N France,

— constaté que les conditions nécessaires à la caractérisation d'un abus de dépendance économique ne sont pas réunies,

et confirmé pour avoir rejeté les demandes de ce chef.

Sur la résiliation judiciaire du contrat du 31 août 2009

La société Mac'Alimenta soutient que les agissements de la société Distribution N France sont constitutifs d'une faute contractuelle, justifiant la résiliation judiciaire du contrat aux torts exclusifs de cette dernière. Elle explique qu'elle a reçu une formation insuffisante pour maîtriser pleinement le matériel informatique préconisé par le franchiseur, alors qu'elle était novice, que la société Distribution N France ne justifie pas l'avoir conseillée par le biais d'un

site intranet, que la société Distribution N France confond sciemment prestation de maintenance avec formation informatique.

Elle fait également valoir qu'il appartient au franchiseur, qui est censé, non seulement transmettre un savoir-faire, mais aussi prodiguer une assistance tout au long de l'exécution du contrat, de s'assurer que les prix qu'il conseille pour la vente sont supérieurs aux prix de cession des marchandises pour permettre à l'exploitant de dégager une marge suffisante, sans laquelle la situation de son exploitation est totalement obérée. Elle indique qu'elle était en situation d'approvisionnement exclusif et ne pouvait modifier le tarif préconisé par le franchiseur, pour en conclure que la société

Distribution N France l'a conduite à vendre à perte et a commis un abus dans la fixation du tarif des ventes consommateurs.

Elle reproche enfin au franchiseur de ne pas l'avoir prévenue sur le fait que toute commande complémentaire en vue d'une opération promotionnelle se ferait sur la base, non plus du prix de cession promotionnel, mais du prix de cession permanent, alors qu'elle pouvait légitimement penser qu'en effectuant des commandes complémentaires en cours d'opérations commerciales, elle continuerait à bénéficier des prix de cession promotionnels.

La société Distribution N France réplique que la preuve de l'abus de dépendance économique n'étant pas établie, la résiliation judiciaire du contrat est infondée. Elle relève également que la société Mac'Alimenta avait la liberté de choisir, puis le cas échéant de changer de matériel, alors que cette dernière a été formée et assistée. Elle précise qu'en 2010 la société Mac'Alimenta a suivi un complément de formation au logiciel Gold. Elle explique avoir réalisé 19 visites en 2010 et 25 visites en 2011 auprès de la société Mac'Alimenta, auxquelles s'ajoute l'assistance à distance. Elle en conclut que la société Mac'Alimenta pouvait assurer en parfaite autonomie la gestion de ses prix de revente aux consommateurs et qu'en tout état de cause, elle se devait de maîtriser l'outil intranet lui permettant de gérer ses prix, en tant que commerçant indépendant. Elle souligne qu'elle n'était soumise qu'à une obligation de moyens dans la fourniture d'un logiciel informatique de gestion à la société Mac'Alimenta.

Elle fait valoir que seuls 5 produits ' soit seulement 0,04 % du total des produits commandés, livrés et jamais contestés ' font apparaître un prix de vente conseillé (PVC) inférieur au prix d'achat, et que la gestion des prix de vente personnalisés (PVP) appartenait à la société Mac'Alimenta. Elle soutient que la société Mac'Alimenta est de mauvaise foi lorsqu'elle explique que les prix conseillés par elle faisait prendre un risque de vente à perte alors même qu'elle fixait régulièrement ses PVP en dessous des prix conseillés et que ces personnalisations étaient « écrasées » par l'acceptation anarchique (sans application du process mis à disposition) des fichiers Gold.

Sur l'insuffisance dans la formation quant au matériel informatique

Les parties ont signé le 3 septembre 2009 un avenant au contrat du 31 août 2009 par lequel la société Distribution N France a mis à disposition de la société Mac'Alimenta un logiciel de

caisse dénommé Gold et du matériel informatique et d'encaissement. Aux termes de cet avenant, l'article 4 a mis à la charge de la société Distribution N France notamment la formation et l'assistance du détaillant afin de lui permettre une bonne utilisation des outils informatiques, objets du contrat.

L'expertise judiciaire a considéré que la société Mac'Alimenta n'a pas été suffisamment formée par la société Distribution N France à l'utilisation du logiciel Gold et, notamment, s'agissant de la fixation des prix personnalisés, par une manipulation spécifique pour éviter que ceux-ci ne soient écrasés par la mise à jour du logiciel.

Or, l'évaluation par Mme X, gérante de la société Mac'Alimenta, de sa formation du 20 octobre 2009 au logiciel Gold démontre qu'elle a considéré, tout comme son formateur, être autonome notamment dans la « gestion des prix achats et prix vente perso » (pièce 34 N). Il apparaît également qu'elle a suivi un complément de formation en 2010 à l'utilisation du logiciel Gold dispensée par la société Distribution N France.

Le livret de formation dont il n'est pas contesté qu'il a été remis à Mme X, cette documentation étant produite d'ailleurs par la société Mac'Alimenta avec ses annotations, précise au point 1.19 la marche à suivre pour changer manuellement le prix d'un article mais aussi au point 1.20 relatif à la validation tarif que « cette fonction permet d'accepter ou de refuser les mises à jour de prix pour une date donnée » et pose le principe suivant lequel « les prix s'appliquent sauf refus d'application de la mise à jour », précisant que pour refuser le nouveau prix de la mise à jour et conserver l'ancien prix, il convient de supprimer la mise à jour pour l'article dont il est question.

Ce livret de formation à la caisse IBM 4694 (pièce 56 Mac'Alimenta) correspond au système d'encaissement faisant l'objet de l'avenant, le contrat spécifiant bien en page 6 que le système d'encaissement est la ' caisse base PC IBM 4694 ' ; la société Mac'Alimenta ne peut donc soutenir qu'il s'agit du livret d'utilisation de la caisse enregistreuse mise à sa disposition lors de l'ouverture du magasin et que cette caisse ne permettait pas de bénéficier de la politique de prix de la société Distribution N France, alors qu'il est précisément expliqué les hypothèses de mise à jour des prix comme relevé supra.

Dès lors, la société Mac'Alimenta ne peut reprocher à la société Distribution N France de ne pas l'avoir informée de ce que l'acceptation des mises à jour écrasait les anciens prix et que pour conserver l'ancien prix, il convenait de refuser la mise à jour. L'attestation produite par l'ancienne employée de la société Mac'Alimenta ne peut donc à elle seule rapporter la preuve de l'insuffisance de la formation au regard des différents éléments probants évoqués ci-dessus.

En outre, la société Mac'Alimenta ne justifie d'aucune demande spécifique auprès de la société Distribution N France pendant la durée d'exécution du contrat et jusqu'à sa lettre recommandée du 30 novembre 2011 quant à une formation insuffisante ou quant à des dysfonctionnements de ce logiciel au regard de ses attentes et de l'analyse des prix, étant relevé que la société Mac'Alimenta est un commerçant indépendant et qu'il lui appartient de surveiller ses outils, sa gestion et ses prix, notamment lorsqu'elle les a sciemment modifiés pour les personnaliser. En effet, il lui appartenait de signaler à la société Distribution N

France qu'elle s'estimait insuffisamment formée et informée sur le fonctionnement du logiciel, ce qu'elle n'a pas fait, et de relever des incohérences sur les prix réellement pratiqués, par l'analyse de ses prix qui, seule, lui incombe.

Il y a donc lieu de rejeter ce grief.

Sur l'abus dans la fixation du tarif de vente consommateurs

La société Mac'Alimenta ne peut d'abord faire grief à la société Distribution N France une situation d'approvisionnement quasi-exclusif auprès de cette dernière, cette situation n'étant pas imposée contractuellement et n'étant que la conséquence du seul choix du franchisé, comme relevé supra.

Ensuite, la société Mac'Alimenta ne démontre pas le « prix d'achat effectif » des produits achetés à la société Distribution N France, alors qu'il ne peut être uniquement défini au regard du prix figurant sur la facture. En effet, « Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ».

Il résulte de l'article L. 442-2 du code de commerce que « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou 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. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation ».

Dès lors, la seule comparaison sur la facture entre le prix d'achat et le prix de vente conseillé ne peut suffire à caractériser une faute de la société Distribution N France consistant à conseiller un prix de vente inférieur au prix d'achat. En outre, il doit être rappelé que la société Mac'Alimenta est un commerçant indépendant à qui il revient d'analyser les factures émises par la société Distribution N France, qu'elle est en mesure de modifier les prix de vente sur la plupart des produits qu'elle vend, hormis les produits dont le prix de vente a été bloqué informatiquement par la société Distribution N France lors de l'ouverture du magasin. Il n'est donc pas prouvé que la société Distribution N France a effectivement incité son franchisé à revendre à perte selon les conditions précises définies ci-dessus ni qu'elle a effectivement procédé à des reventes à perte. De même, le seul blocage des prix sur certains produits ne peut établir que ces produits ont effectivement été vendus à perte par la société Mac'Alimenta.

S'agissant de ces produits, la société Mac'Alimenta ne conteste pas avoir été informée de ce que les prix de ces produits avaient été bloqués. Or, s'il n'est pas établi qu'elle avait acquiescé à un blocage de ces prix jusqu'en 2049, il n'en demeure pas moins, qu'il lui appartenait de s'assurer de la durée pendant laquelle les prix seraient bloqués, de demander à ce qu'ils soient débloqués pour suivre les évolutions du marché. En outre, la pièce n°38 communiquée par la

société Distribution N France ne peut être considérée comme probante, comme le soutient la société Mac'Alimenta, son origine, sa nature comme sa date n'étant pas déterminables.

Enfin, il convient de relever qu'il appartient à la société Mac'Alimenta de contrôler les prix qu'elle fixe, la fixation des prix de revente relevant de sa seule responsabilité, et que si elle choisit de ne se fier qu'aux prix de vente conseillés par la société Distribution N France sans jamais rien vérifier et notamment si les prix lui permettent de dégager une marge suffisante, elle est fautive, étant par ailleurs relevé que l'importance des PVC inférieurs au prix d'achat figurant la facture n'est pas établie par la société Mac'Alimenta et que les seuls exemples invoqués ne peuvent justifier son défaut de rentabilité. De même, la fluctuation des prix de vente conseillés ne peut valablement être reprochée par la société Mac'Alimenta, celle-ci étant libre de ne pas suivre le prix de vente conseillé, ayant suivi une formation pour ce faire et pouvant refuser la descente des prix comme relevé supra.

Il convient d'ailleurs de relever que la société Mac'Alimenta n'a jamais formulé de griefs à la société Distribution N France en ce sens pendant toute la durée d'exécution du contrat, jusqu'à sa lettre de mise en demeure évoquée ci-dessus les griefs évoqués étant aussi antérieurs à cette lettre.

Il n'est donc pas prouvé de faute commise par la société Distribution N France constitutive d'un abus dans la fixation des prix de vente au consommateur.

Sur l'abus dans la fixation des prix de cession en vue d'opérations promotionnelles

La société Mac'Alimenta ne peut reprocher à la société Distribution N France de lui vendre des produits faisant l'objet d'une promotion pendant la promotion au prix non promotionnel, alors que ces produits avaient fait l'objet d'une commande particulière antérieure, spécifique à cette opération de promotion. La circonstance que la société Distribution N France n'ait pas averti la société Mac'Alimenta de ce que le prix d'achat du produit Kronembourg ne serait pas celui relatif à la promotion lors d'une commande supplémentaire en cours de promotion ne peut donc être considérée comme fautive, étant par ailleurs relevé qu'il appartenait à la société Mac'Alimenta de s'assurer auprès de la société Distribution N des prix relatifs à la commande en question. Par ailleurs, il n'est pas établi par la société Mac'Alimenta le « prix d'achat effectif » de ces produits en promotion.

Il n'est donc pas prouvé de faute commise par la société Distribution N France constitutive d'un abus dans la fixation des prix de vente dans le cadre d'une promotion, étant précisé que la société Mac'Alimenta n'a pas reproché à la société Distribution N France pendant l'exécution du contrat ces différents tarifs, la vérification des prix lui appartenant et un seul exemple intervenu en 2010 étant fourni par l'appelante, ce qui en soi ne peut caractériser un abus, à le considérer établi.

Sur la fluctuation des prix d'achat

La société Mac'Alimenta ne peut reprocher à la société Distribution N France la hausse comme la baisse des prix dans leurs rapports entre elles au regard de l'évolution des prix des produits que cette dernière acquiert auprès des fournisseurs. En effet, la société Mac'Alimenta

ne démontre pas que les prix d'achat des produits n'ont fait qu'augmenter pendant toute la durée de leur relation commerciale, étant précisé que cette adaptation était convenue et acceptée par les parties, l'article 3 du contrat les liant disposant « Les prix sont susceptibles de fluctuation pour tenir compte notamment des Conditions Générales de Vente des fournisseurs industriels ainsi que du marché » ainsi que « les prix sont déclarés parfaitement connus du Détaillant et acceptés formellement par lui ».

Enfin, la société Mac'Alimenta ne justifie pas s'être plainte auprès de la société Distribution N France de cette fluctuation pendant l'exécution du contrat jusqu'à sa lettre de mise en demeure précitée, le grief invoqué étant antérieur à cette lettre.

Sur le dysfonctionnement du logiciel informatique

La société Mac'Alimenta ne démontre pas un dysfonctionnement général et systématique du logiciel informatique : la seule facture à un taux de TVA erroné, comme le reconnaît la société Distribution N France dans son Dire du 7 août 2014, est certes constitutive d'une faute mais ne peut revêtir une gravité suffisante de nature à justifier la résiliation du contrat de franchise aux torts de la société Distribution N France, étant précisé que la seule facture litigieuse date du 9 décembre 2010, qu'aucun élément ne permet de soutenir que le taux de TVA est systématiquement erroné et que cette situation n'a pas été signalée par la société Mac'Alimenta à la société Distribution N France pendant l'exécution du contrat.

Il y a donc lieu de rejeter la demande de résiliation du contrat de franchise et de débouter Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, de l'ensemble de ses demandes indemnitaires. Le jugement sera donc infirmé sur ce point, en ce qu'il a :

— prononcé la résiliation du contrat d'approvisionnement conclu le 31 août 2009, de ses annexes et de son avenant aux torts exclusifs de la société Distribution N France,

— condamné la société Distribution N France à payer à Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, les sommes de 132.000 euros en réparation du préjudice subi au titre de l'erreur sur les prix bloqués, 40.244 euros en réparation du préjudice subi au titre des produits vendus à perte, 30.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur les demandes de M. G X et Mme C Z

M. G X et Mme C Z soutiennent être victimes par ricochet de l'abus de dépendance économique commis par la société Distribution N France à l'encontre de la société Mac'Alimenta. Ils sollicitent des dommages et intérêts au titre de la perte de leur local commercial, de la perte de leur logement personnel et de leurs préjudices moraux respectifs.

La société Distribution N France soulève l'irrecevabilité des demandes indemnitaires de M. G X et de Mme C Z pour absence d'intérêt et de qualité à agir. Elle vise à ce titre les articles 122 et 123 du code de procédure civile. Elle soutient qu'en vue de la construction d'un ensemble immobilier, ils ont constitué une SCCV dénommée ImmoBilia et une SCI dénommée « Santa B ». Elle explique que les biens pour lesquels ils demandent réparation d'un préjudice étaient

la propriété de la SCI Santa B et de la SCCV Immobilia, vendus par adjudication au profit de la Banque populaire du sud. Elle en déduit qu'ils ne disposent ni d'un intérêt ni de la qualité à agir au lieu et place de la SCI Santa B, l'écran de la personnalité morale faisant échec au bien-fondé de leurs actions indemnitaires. Enfin, elle fait valoir que n'ayant commis aucune faute et aucun abus de dépendance économique ne pouvant être retenu à son encontre, ils ne peuvent invoquer un préjudice par ricochet.

M. G X et Mme C Z demandent la réparation de leur préjudice matériel à la suite de la perte de leur logement et de leur local commercial. Or, il ressort de l'acte de vente du 16 octobre 2009 entre la SCCV Immobilia et la SCI Santa B que cette dernière est bien la propriétaire de l'ensemble immobilier commercial DU PRE LONG situé [...] à Le Thoronet (83), cet ensemble immobilier étant cadastré CAW84 pour une contenance de 26 a et 62 ca, alors que l'ensemble immobilier vendu comme appartenant à M. G X par adjudication le 6 février 2015 porte sur la section cadastrée AW 80 pour une surface de 27a et [...] à Le Thoronet (83). La seule pièce produite par M. G X et Mme C Z pour justifier de la perte du local commercial est une annonce relative à la vente aux enchères de ce lot cadastré CAW84 pour une contenance de 26 a et 62 ca, sans pour autant établir que la SCI Santa B n'était plus la propriétaire de ce lot ni que la vente est effectivement intervenue.

Il n'est donc pas établi par M. G X et Mme C Z de qualité à agir pour la perte du local commercial qui appartenait à la SCI Santa B.

S'agissant des autres demandes, relatives à la perte de leur logement et à leur préjudice moral, qui sont des demandes formulées par M. G X et Mme C Z à titre personnel, celles-ci sont recevables, le bien-fondé de la demande devant être distingué de la recevabilité de celle-ci.

L'ensemble des demandes formées par M. G X et Mme C Z portant sur des fautes reprochées à la société Distribution N France, les mêmes que celles invoquées par la société Mac'Alimenta, doivent être rejetées, aucune faute n'ayant été retenue à l'encontre de la société Distribution N France.

Il y a donc lieu d'infirmar le jugement en ce qu'il a :

— déclaré M. G X et Mme C Z recevables en leurs demandes,

— débouté M. G X et de Mme C Z de toutes leurs demandes, fins et conclusions.

Sur la demande reconventionnelle de dommages-intérêts pour procédure abusive

L'exercice d'une action en justice ne dégénère en abus que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou s'il s'agit d'une erreur grave équipollente au dol. L'appréciation inexacte qu'une partie se fait de ses droits n'est pas constitutive en soi d'une faute.

La société Distribution N France ne rapporte pas la preuve de ce que l'action de Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, M. G X et Mme C Z aurait dégénéré en abus. Elle doit être déboutée de sa demande de dommages-intérêts.

Sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile

Le sens du présent arrêt conduit à infirmer le jugement déféré sur le sort des dépens et des frais irrépétibles.

Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, M. G X et Mme C Z, parties perdantes en ce que toutes leurs prétentions sont rejetées, doivent être condamnés in solidum aux dépens de première instance et d'appel, qui comprendront le coût de l'expertise judiciaire taxée à la somme de 20.120,47 euros et qui pourront être recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile, ainsi qu'à payer à la société Distribution N France la somme de 10.000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le sens du présent arrêt conduit à rejeter la demande par application de l'article 700 du code de procédure civile formulée par Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, M. G X et Mme C Z.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

INFIRME le jugement sauf en ce qu'il a :

— débouté la société Distribution N France de sa demande de nullité du pré-rapport et du rapport d'expertise judiciaire,

— débouté la société Distribution N France de sa demande de contre- expertise,

— pris acte de l'intervention volontaire de M. G X et de Mme C Z et les a reçu en leur intervention volontaire ;

LE CONFIRME sur ces points ;

Statuant à nouveau ;

DIT que la preuve de la dépendance économique de la société Mac'Alimenta à l'égard de la société Distribution N France n'est pas rapportée ;

DÉBOUTE Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, de sa demande en résiliation du contrat la liant à la société Distribution N France et de ses demandes indemnitaires ;

DÉCLARE irrecevables les demandes de M. G X et de Mme C Z pour la perte du local commercial et déclare recevables leurs autres demandes ;

DÉBOUTE M. G X et de Mme C Z de leurs demandes relatives à la perte de leur logement et à leur préjudice moral ;

CONDAMNE in solidum Me I Y, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société Mac'Alimenta, M. G X et Mme C Z aux dépens de première instance et d'appel, qui comprendront le coût de l'expertise judiciaire taxée à la somme de 20.120,47 euros et qui pourront être recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile, ainsi qu'à payer à la société Distribution N France la somme de 10.000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

REJETTE toute autre demande.

Le Greffier La Présidente