

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

*(extrait : les contrats d'approvisionnement et de
fourniture)*

daniel mainguy



*Etudes Teutates **

***TEUTATES** [tetatês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamique du droit »).



Etudes Teutates *



***TEUTATES** [tœtatês]. var. *Toutatis*. ♦1. *Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ».* ♦2. *Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars).* ♦3. *Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).*

Les *Cahiers Teutates* sont une revue éditée et diffusée par le Centre du droit de la consommation et du marché (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »), Faculté de droit et des sciences politiques (l'Université Montpellier I), 14 rue Cardinal de Cabrières, 34060 Montpellier.



La revue, électronique, est également disponible en format pdf téléchargeable sur le site du Centre de droit de la consommation et du marché (www.cdcp-montpellier.fr), sous la forme de numéros édités au fil de leur publication, et rassemblés deux fois par an. Elle s'accompagne de dossiers ou ouvrages en ligne, les *Cahiers Teutates* et les *Cahiers Teutates*.

La revue est disponible sur papier et brochée sur demande à un prix disponible sur le site.

La revue doit être citée de la manière suivante : *Revue Teutates* ou *Teutates*, n°X/Y, 201Z, p.ii.



LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

*(extrait : les contrats d'approvisionnement et de
fourniture)*

daniel mainguy
professeur à la faculté de droit et sciences politiques
de Montpellier

dmainguy@wanadoo.fr

(Extrait de D. Mainguy *LES CONTRATS DE DISTRIBUTION, A PARAITRE*)

Les contrats fondés sur une exclusivité d'approvisionnement ou de fourniture

1 Exclusivité et exclusivité d'approvisionnement. Le mécanisme contractuel d'exclusivité n'est pas réservé aux contrats de distribution. Il est par exemple consubstantiel aux relations nées du mariage et de bien d'autres situations du droit civil, comme le droit de propriété, ou de droit des affaires.

L'exclusivité d'approvisionnement suppose par ailleurs, une logique d'approvisionnement et donc d'achat entre un vendeur et un acheteur, que le mécanisme d'exclusivité organise. Dès lors que la distribution repose sur des services par exemple, elle peut être organisée par un mécanisme **d'exclusivité d'activité**.

Dans les contrats de distribution de produits, l'exclusivité d'approvisionnement consentie par un distributeur dans un contrat est, souvent, l'objet d'une clause, la clause d'approvisionnement exclusif, qui détermine elle-même une obligation, l'obligation d'approvisionnement exclusif. Celle-ci identifie l'obligation, pour le distributeur de ne contracter qu'avec le fournisseur à l'exclusion de tout autre (Cf. S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, *Bibl. dr. ent. t. 57, Litec, 2002*). Ce faisant, le distributeur assume une obligation de faire, acquérir les produits ou service du fournisseur, le créancier d'exclusivité (*En ce sens, J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution, Th. cit. 2000*), mais également, et surtout, une obligation de ne pas faire, ne pas contracter acquérir de produits concurrents, ou ne pas acquérir quelque produit que ce soit, même non concurrent.

Cette obligation est centrale dans bien des contrats de distribution, même si elle n'est pas caractéristique de contrat particulier. On trouve en revanche deux formules contractuelles essentiellement particulières articulées de cette obligation, le contrat d'achat exclusif (§1) et le contrat d'assistance et de fourniture (§2), le contrat de fourniture exclusive (§ 3) et le contrôle concurrentiel de ces contrats (§ 4).

§1 Le contrat d'achat exclusif

2 Exclusivité d'achat. Le contrat d'approvisionnement exclusif est sans doute le contrat de distribution le plus répandu, ne serait-ce que parce qu'il accompagne la plupart des autres formules contractuelles de distribution. Il s'agit des contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur ayant pour objet l'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif du second et à propos desquels s'est plus particulièrement posée la question de la détermination des prix et de la durée de l'exclusivité (Cf. *supra*, n°224 s.). Le distributeur s'oblige alors à ne s'approvisionner qu'auprès du fournisseur qui par là-même lui interdit de s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur (G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du contractant*, Th. Paris, 1957 ; S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Litec, 2002 ; G. Parléani, *Les clauses d'exclusivité*, in *Les principales clauses de contrats entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 55). Le but de ces formules est évidemment de permettre au fournisseur de s'assurer de canaux de distribution fiables et pérennes et inversement ils permettent au distributeur d'organiser ses achats de produits du fournisseur dans l'objectif de leur revente.

Les contrats d'achat exclusif se présentent comme des formules d'exclusivité *unilatérale* en ce sens qu'ils imposent au distributeur de s'approvisionner exclusivement auprès du fournisseur ou d'un contractant déterminé, mais le fournisseur demeure libre de fournir d'autres distributeurs. Ils se différencient en cela des contrats imposant une exclusivité *réciproque* ou encore des contrats de fourniture exclusive qui se présentent comme des figures inversées des contrats d'achat exclusif en ce qu'ils font peser la charge de l'exclusivité sur le fournisseur.

Il est difficile de dater la première apparition de ces formules contractuelles. Dans la distribution moderne, elle fut identifiée dans des contrats de vente de matériels ou d'équipements industriels pour accompagner des engagements d'exclusivité des pièces de rechange ou des combustibles nécessaires à l'alimentation de ces machines.

On les a également identifier dans la distribution de la bière, d'où l'appellation de « contrats de bière », encore très répandus, puis dans les relations entre les fournisseurs de produits raffinés à partir du pétrole, dont l'essence et l'huile de moteur, et les pompistes de marques, jusqu'à leurs quasi-disparition dans les années 1980-1990. On le trouve aujourd'hui associé à des formules comme des contrats de bail, des prêts d'argent ou de choses mais également avec des contrats de franchise.

3 Influence du droit de la concurrence. L'article 1^{er} du Règlement d'exemption n°1984/83 du 22 juin 1983 proposait une définition finalisée de ce contrat comme des « *accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels l'une, le revendeur, s'engage vis-à-vis de l'autre, le fournisseur, à n'acheter dans le but de la revente certains produits spécifiés dans l'accord qu'à celui-ci, à une entreprise liée à lui ou à une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits* ».

Ce règlement était spécifiquement consacré aux contrats d'achat exclusif. Il a été remplacé par le REC n°2790/1999 du 22 décembre 1999 puis par le REC n°330/2010 du 20 avril 2010, qui traitent des contrats de distribution dans leur généralité. Les lignes directrices n'évoquent pas les contrats d'achat exclusif mais les clauses d'exclusivité d'approvisionnement associées à des contrats de distribution exclusive. En outre le REC n°330/2010 réglemente ce qu'il désigne comme des « clauses de non-concurrence ».

A travers cette formule peu heureuse sont visées « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* ». Pour les règles du droit de la concurrence, ces formules identifient des formes particulières de distribution, dite de « monomarquisme », en ce sens que le distributeur est associé à un seul fournisseur, une seule marque. Cette situation résulte d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement mais également d'un mécanisme par lequel le distributeur s'approvisionne à hauteur de 80 % de ses approvisionnements avec un seul fournisseur.

Cette situation peut résulter d'une **clause d'approvisionnement prioritaire**, mécanisme par lequel un distributeur s'engage à s'approvisionnement prioritairement auprès d'un fournisseur désigné, mais sans que des quotas ou des minimas soient identifiés de manière particulière. A priori, ce type de clause n'est pas équivalent d'un mécanisme d'exclusivité ; mais il peut s'y apparenter

dès lors que le distributeur est dans une situation de quasi-exclusivité, voire s'approvisionne pour 80% de ses achats, pour autant que ces critères du droit de la concurrence soient utilisables en droit des contrats (*Comp. Cass. com. 16 févr. 1993, n°90-16760 ; Cass. com. 14 avr. 1992, n°90-13126*).

Ce peut être également des hypothèses plus complexes comme l'hypothèse dans laquelle le distributeur a l'obligation de ne pas utiliser des équipements mis à la disposition du fournisseur pour des produits concurrents (*Cf. TPICE, aff. T.-7/93, 8 juin 1995, Langnese-Iglo, Rec. II, p. 1533 ; Cf. TPICE, aff. T.-7/93, 8 juin 1995, Schöffler, Rec. II, p.1611*).

4 Parties au contrat d'achat exclusif. En principe le contrat lie un fournisseur, le créancier d'exclusivité qui est aussi le vendeur, et un distributeur, le débiteur d'exclusivité qui est également l'acheteur. Dans bien des circonstances, le fournisseur peut désigner comme fournisseur exclusif un autre que lui-même, et il en est de même pour le distributeur. L'un des exemples les plus fameux est le modèle des **contrats de bière**. Le contrat de bière, lie trois personnes, un brasseur qui conclut un contrat d'approvisionnement exclusif avec un distributeur, un bar, un restaurant ou un hôtel (BHR dans le jargon du secteur), lequel devra s'approvisionner, en bière ou d'autres produits d'une gamme, auprès d'un entrepositaire-grossiste désigné par le brasseur qui achète lui-même au brasseur, sans nécessaire exclusivité de sorte qu'il peut même être lié à plusieurs brasseurs différents. En contrepartie de cet engagement souscrit par le distributeur, il reçoit une assistance qui se réalise par un investissement pécuniaire ou matériel, un prêt d'argent ou de divers matériels de terrasse par exemple.

Les règlements spécifiques de 1984 leur avaient consacré des développements particuliers et nourris, trop sans doute, développant ce qu'on avait appelé alors l'« effet de camisole » en ce que les dispositions spécifiques du droit de la concurrence avaient une influence sur le contenu de ces contrats, quand bien même ils n'auraient pas été concernés par ces règles du droit communautaire de la concurrence, mais proposant cependant une exemption particulière, tandis que le règlement général de 1999, remplacé par celui de 2010, propose en revanche une analyse très restrictive des engagements d'exclusivité qui est susceptible de faire perdre à ces contrats leur raison concurrentielle d'être (*Cf. T. Lambert, Le contrat de bière : l'exclusivité en voie de disparition forcée, JCP, éd. E, 2007, 2233*). En outre la très forte concentration sur le marché de la bière,

dominé par deux géants, les groupes Heineken et Kronenbourg, s'est développée sur un plan horizontal, par acquisition de marques de bières ou de produits associés, mais également sur un plan vertical, par l'acquisition d'entrepôts indépendants. Cette concentration se retrouve également sur le marché des entrepositaires-grossistes. D'un point de vue concurrentiel, le duopole des brasseurs, qui laisse cependant coexister une myriade de brasseurs indépendants, se heurte à des entrepositaires grossistes géants, de sorte que la situation des brasseurs indépendants n'est guère aisée, confinant parfois à la situation de domination économique (*Comp. Cependant : Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-13.778, Bull. civ. IV, n° 20, refusant cependant l'abus de dépendance économique*).

5 Indépendance et dépendance. Il est particulièrement clair par ailleurs que ce contrat lie deux entreprises en principe indépendantes : le contrat d'achat exclusif n'a aucune incidence sur l'indépendance du distributeur : le fournisseur n'est pas le maître ou le gérant de l'entreprise du distributeur par le seul fait qu'un tel contrat serait conclu, quand bien même l'exclusivité porterait sur l'ensemble des approvisionnements du distributeur, par exemple dans la distribution alimentaire. Le distributeur demeure maître de ses prix de revente, du fait de l'interdiction des prix de revente imposés, le distributeur n'est pas un salarié du fournisseur, etc. le distributeur tenu par un contrat d'approvisionnement exclusif reste un commerçant indépendant.

Dans le même temps, le distributeur lié par un contrat d'achat exclusif est, économiquement, dans une situation particulière, tenu par contrat d'acquiescer les produits du fournisseur ou du contractant désigné par celui-ci, et plus strictement encore lorsque le contrat impose des quotas ou des minimas, des objectifs ou encore des rendements (*Cf. A. Ronzano, Clauses de rendement et contrat-cadre de distribution, JCP, éd. E, 1996, I, 535*). Le distributeur ainsi contractuellement lié est dans une situation de dépendance économique, dans la mesure où il dépend du fournisseur. Toutefois, la jurisprudence n'en tire pas de conséquences juridiques, notamment sur le terrain de l'abus de dépendance économique (*Cf. Cass. com. 3 mars 2004, n°02-14529 : « 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 ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance*

qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ». Mais ces contrats sont des contrats synallagmatiques de sorte que le refus de livrer opposé au distributeur justifierait la rupture du contrat.

6 Contenu du contrat. Le contenu de ce type de contrat est entièrement déterminé par sa lettre, ainsi que par l'esprit de ce contrat. Ainsi, le contrat d'achat exclusif impose une obligation d'acheter pour le distributeur, quand bien même le contrat ne prévoirait pas de clauses de minima ou de quota. Inversement, il en résulte une obligation de fournir pour le fournisseur, hors l'hypothèse d'un événement de force majeure (Cf. Cass. com. 14 mai 1991, n°89-18093). Dans un cas comme dans l'autre, l'inexécution de l'obligation d'acheter, ou de vendre, justifierait la résolution du contrat, ou le mode de rupture ou de sanction spécifiques prévu par le contrat.

De même, le contrat d'achat exclusif assure pour le fournisseur un monopole de vente au distributeur pendant la durée du contrat, pour les produits visés par le contrat. Ce monopole peut reposer sur des produits déterminés mais peut viser tous les produits nécessaires à l'exploitation de son fonds de commerce par le distributeur. Dans cette situation, le fournisseur doit livrer toutes les marchandises commandées sauf à laisser au distributeur la liberté de déroger à son obligation d'achat exclusif en ce qui concerne les produits n'existant pas à l'assortiment proposé par le fournisseur ou que ce dernier n'est pas en mesure de livrer (Cass. com., 5 mai 1987, n° 84-17.585).

L'une des difficultés de la validité des contrats d'achat exclusif tient à la détermination des produits dans le temps, à travers les *clauses d'assortiment*, notamment lorsque les produits composant ces assortiments sont modifiés par le fournisseur, de manière arbitraire ou bien par le seul jeu de l'évolution normale de l'offre du fournisseur. La jurisprudence considère cependant que les contrats dans lesquels la détermination des articles ou marchandises est laissée à l'arbitraire du fournisseur sont annulables. Il convient donc, au regard des canons posés par l'article 1129 du Code civil, que l'objet de l'obligation d'achat exclusif soit déterminé dans leur espèce, s'agissant de bières et boissons identifiées par leur marque et leur conditionnement par exemple, peu important leur nature exacte ou leur quantité. Le type de clause annulable est celle, par exemple,

dans laquelle le fournisseur a la capacité de modifier arbitrairement la liste des produits objets de l'exclusivité d'achat.

Les obligations du contrat ou de la clause d'achat exclusif sont donc finalement assez simples : le fournisseur doit livrer et le distributeur doit acheter dans les conditions posées par le contrat ou la clause. Comme on l'a déjà rencontré, l'obligation de livrer ou d'acheter se déduit de la nature même de l'engagement quand bien même le contrat ne comporterait pas de mécanisme déterminant des obligations précises de vente ou d'achat comme des *clauses de minimas*, des *clauses de quota*, des *clauses de rendement* ou encore des *clauses d'objectif*. Il convient cependant d'être prudent avec cette affirmation : ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat d'une durée déterminée, il serait imprudent pour le fournisseur de résilier le contrat, alors que le distributeur n'a procédé à aucun achat mais alors qu'il avait encore la possibilité de procéder à de telles acquisitions avant la fin du contrat.

Il reste que la jurisprudence retient une analyse plutôt stricte de l'exécution des contrats d'achat exclusif. Ainsi, le distributeur qui s'approvisionne auprès d'un tiers contrairement au contenu du contrat ou de la clause d'achat exclusif commet une inexécution du contrat justifiant sa résolution, ou bien le mécanisme de sanction contractuelle *ad hoc* prévu par le contrat ou la clause. Toutefois, l'inexécution repose sur l'achat par le distributeur auprès d'un tiers de produits identiques ou *similaires* à ceux prévus par le contrat et la jurisprudence retient une notion de produits similaires très restrictives comme des produits quasiment identiques ou répondant exactement aux mêmes besoins (*Cass. com., 27 oct. 1969, n° 67-12.575*) : il convient donc que la rédaction de la clause soit particulièrement précise quant aux produits désignés.

L'inexécution peut prendre la voie, triviale, de l'acquisition directe auprès d'un tiers, ou bien des formes plus indirectes. Ainsi, le fait pour un distributeur de prendre des intérêts, quelle qu'en soit la forme, dans une société distribuant des produits concurrents peut être considéré comme une violation de l'engagement d'exclusivité (*Cass. com., 25 févr. 1986, n° 84-14.225*). De même le fait de laisser distribuer des produits concurrents de ceux du fournisseur est une violation de l'engagement d'exclusivité d'achat, puisque celui-ci comporte deux éléments, une obligation positive d'acheter et une obligation négative de non-concurrence (*Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-10.261*).

La difficulté consiste, bien entendu, à obtenir la sanction efficace de la violation. Le plus efficace consiste à insérer une clause de résiliation, automatique ou plus sûrement non automatique, en cas de violation, souvent complétée par une clause de non tolérance, signifiant que la tolérance d'une violation antérieure n'emporte pas interdiction de sanctionner une violation postérieure. En l'absence de tels mécanismes, c'est le jeu, supplétif, de la résolution du contrat qui est appelée à jouer. Ce peut être le mécanisme de la résolution judiciaire du contrat, conduisant à demander à un juge de prononcer la violation du contrat et sa résolution, voire de considérer que la violation du contrat constitue une décision de rupture unilatérale que le juge n'aurait plus alors qu'à constater, après que l'autre partie ait pris acte de la rupture.

7 Contrôle des engagements d'achat exclusif. En raison de la dépendance économique, réelle, du distributeur à l'endroit du fournisseur, ces engagements font l'objet d'un contrôle particulier. Celui-ci s'exerce en premier à propos de la **durée** des contrats d'achat exclusif, durée qui ne peut dépasser dix ans, dans les conditions posées par l'article L. 330-1 du Code de commerce (*cf. supra n°*), dont le champ d'application, s'il dépasse le seul domaine des contrats d'achat exclusif, demeure singulièrement attaché à ce type de contrat ou clause.

Ce contrôle passe également par l'exigence d'une **information précontractuelle**, dans les conditions posées par l'article L. 330-3 du Code de commerce (*Cf. Supra et comp. Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906, préc. >document n°*), ou encore par le contrôle de l'éventuel abus dans la fixation du prix (*Cf. Supra*) ou encore du contrôle des obligations de restitution, illustrées notamment par l'affaire dite « des cuves » (*cf. supra*).

8 Contrôle concurrentiel des engagements d'achat exclusif. Le contrôle par les règles du droit de la concurrence relève d'un autre type de contrôle, non automatique dans la mesure où il convient préalablement de vérifier que les conditions d'application des règles, communautaires ou nationales, du droit de la concurrence sont respectées (*Cf. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, Droit de la concurrence Litec, 2010, n°*).

§ 2 Le contrat d'assistance et de fourniture

9 Présentation. Les contrats d'approvisionnement exclusif s'inscrivent fréquemment dans un ensemble associant une exclusivité d'approvisionnement et une assistance qui constitue une forme de contrepartie de l'exclusivité consentie, en un contrat parfois décrit comme un *contrat d'assistance et de fourniture* (Cf. D. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, n°495 s. ; J.-M. Mousseron et A. Seube, *A propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973. chron. 197*). Cette assistance est très diverse : il peut s'agir de conseils, de promotion, de prêt de matériel ou d'argent – qui sont d'ailleurs à l'origine de contentieux de la restitution des matériels prêtés, de mise à disposition de signes distinctifs (marque, enseigne, nom commercial, éléments de publicité), etc.

10 Assistance et ingérence. L'assistance peut parfois être un piège pour le fournisseur qui peut avoir à subir l'engagement de sa responsabilité par exemple parce qu'un tiers reprochera une publicité considérée comme mensongère à l'égard du distributeur mais également du fournisseur concepteur du message ou bien parce qu'il n'aura pas appliqué une offre publicitaire que le fournisseur avait voulue nationale (Cf. *par ex : Crim. 16 avr. 1992, BID 1993-2*). C'est surtout l'attraction d'une procédure collective menaçant le distributeur qui peut s'avérer la plus dangereuse pour le fournisseur par exemple parce que l'assistance comptable et financière fournie au distributeur sera considérée comme un contrôle voire comme une immixtion (G.-A. Likillimba, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Bibl. dr. ent. t. 36, Litec, 2ème éd., 2001*) ou au contraire parce qu'il n'aura pas cessé à temps son assistance (Cf. *CA Pau, 28 avr. 1993, RJ Com. 1994, p. 23, obs. F. Grua*).

On rencontre ce type de contrats en matière de distribution de produits de grande consommation : distribution des boissons et notamment de la bière (Cf. T. Lambert, *L'assistance dans le contrat de bière, Rjcom. 1999, 429*), de produits pétroliers, mais encore en dehors des produits de grande consommation entre professionnels notamment. Ce contrat est en effet un outil très souple permettant l'assurance de débouchés pour le fabricant et d'approvisionnement pour son contractant.

11 Modalités de l'assistance du fournisseur au distributeur. L'assistance apportée au distributeur par le fournisseur est de nature diverse. Il peut s'agir de prêts d'argent ou de matériels et plus généralement d'éléments d'exploitation du fonds de commerce, y compris le fonds lui-même. Le contrat devient alors véritablement un accord de coopération : le distributeur s'engage exclusivement à s'approvisionner et *en échange* le fournisseur assiste le distributeur.

Lorsque cette assistance passe par la mise à disposition du fonds de commerce lui-même, notamment par un **contrat de location-gérance**, le contrat paraît assez équilibré. D'ailleurs le REC n°2790/99 et son remplaçant n°330/2010 observent cette situation d'une façon très favorable. Ainsi, lorsque le fournisseur conclut un contrat d'achat exclusif *et* qu'il est propriétaire ou locataire des locaux *et* qu'il permet au distributeur de les utiliser, la durée, limitée selon les critères concurrentiels à 5 ans, peut dépasser cette durée jusqu'à la durée d'occupation de ces locaux : très clairement, le fournisseur peut donc conclure, par exemple, un contrat de location-gérance sur un fonds de commerce qu'il possède et lui associer un contrat d'achat exclusif de la même durée (REC 330/2010, art. 5-a et *Lignes directrices pt 155*). Il en est de même pour la mise à disposition de matériel, la durée pouvant être corrélée à la durée d'amortissement de ce matériel.

Un tel contrat de location-gérance peut être conclut dans des conditions ordinaires. Un certain nombre de difficultés juridiques ont été soulevées, le plus souvent par les distributeurs, en fin de contrat.

En pratique, le contrat de location-gérance est souvent, parce qu'associé à un contrat d'approvisionnement exclusif, conclu pour un loyer très faible voire une absence de loyer. Le droit des affaires se méfiant tout particulièrement de la gratuité, une telle absence de loyer a pu poser difficulté : le contrat est cependant considéré comme valable dès lors que la cause, objective, du contrat, sa contrepartie, peut être identifiée dans un « intérêt économique commun », au locataire-gérant et au propriétaire du fonds (*Cass. Com. 23 mars 1999, CCC, 1999, n°109, obs. L. Leveneur > document n°*).

Par ailleurs, le fonds peut être créé pour l'occasion par le fournisseur et immédiatement placé en location gérance. L'exigence posée par le Code de commerce d'exploitation préalable pendant deux ans (C. com., art. 144-3 > **document n°**) est ainsi levée (C. com., art. L. 144-5, II, 1° > **document n°**) lorsqu'il s'accompagne d'un contrat ayant pour objet principal l'écoulement au détail des produits qu'il fabrique ou distribue de manière exclusive, un contrat d'approvisionnement exclusif, donc, solution justifiée puisque la jurisprudence considère que « *dès la réunion d'éléments susceptibles d'attirer une clientèle celle-ci est réputée exister, entraînant par là-même l'apparition d'un fonds de commerce* » (*Cass. com. 27 févr. 1973, D. 1974, p. 283, note J. Derrupé, > document n°*). L'ensemble devient donc cohérent : le fournisseur peut créer un fonds de commerce, le donner immédiatement en location-gérance à un distributeur associé

à un contrat d'approvisionnement exclusif, ou bien disposer d'un fonds de commerce et réaliser la même opération. Dans les deux cas, la durée du contrat d'approvisionnement exclusif peut être supérieure à 5 ans, pour respecter les critères concurrentiels, pour autant qu'ils s'appliquent ; se pose cependant la question de la durée de ce contrat au regard de l'article L. 330-1 du Code de commerce, dix ans.

Dans d'autres circonstances, le contrat d'approvisionnement exclusif est associé à un **contrat de prêt**, prêt de matériel ou prêt de somme d'argent. C'est une solution très fréquente dans le secteur des bars et de la restauration, donc des contrats de bière. Le fournisseur apporte une aide à l'installation, par le prêt de matériel ou de sommes d'argent ou en apportant un cautionnement de ses engagements financiers. Une telle situation pose difficulté au regard du monopole de l'activité bancaire aux établissements financiers (CMF, art. L. 511-5), pénalement sanctionné (CMF, art. L. 571-3). En effet, le fournisseur réalise bien une opération de crédit, au sens où le détermine l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier. Il suffit donc que le contrat de prêt d'argent s'inscrive dans le cadre d'une opération de crédit, et donc que le fournisseur-emprunteur tire profit du prêt pour que le délit d'exercice illégal de la profession bancaire soit constitué. Inversement, il suffit que le prêt soit conclu sans intérêt ou avec un intérêt inférieur à celui qu'aurait retenu un établissement financier pour qu'il ne le soit point. La faiblesse du raisonnement repose sur l'appréciation de la contrepartie du prêt. Même gratuit, le prêt trouve sa contrepartie dans le contrat d'approvisionnement exclusif, de sorte que même gratuit, il trouve une contrepartie, sans laquelle, d'ailleurs, sa validité serait douteuse, en elle-même. Peu fournie, la jurisprudence a validé le principe d'un cautionnement (*Paris, 5 avril 2002, D. 2002, somm. 3005, obs. D. Ferrier, Adde. J.-L. Rives-Langes et M. Ohl, Monopole bancaire et liberté, Rev. Banque, mai 1985, n°33, 4395*), de sorte qu'on peut admettre qu'un tel prêt est intéressé et que s'il est conclu dans des conditions non profitables, il échappe au délit d'exercice illégal de la profession bancaire.

En toute circonstance, l'identification de ces contrats d'assistance et de fourniture, conçus comme des contrats d'approvisionnement exclusif améliorés, en ce qu'ils comportent une contrepartie claire et définie pour le distributeur à son engagement d'exclusivité d'achat, pose la question du **contrôle de la cause** de ces contrats. En effet, le distributeur face à une contrepartie donnée par le fournisseur peut

être conduit à considérer que cette contrepartie est soit inexistante (absence d'assistance) soit insuffisante. Faute de contrepartie sérieuse ou de risque financier réel (dans le cas d'un cautionnement) assumé par le fournisseur, le contrat est annulable pour défaut de cause « *qu'ayant relevé que l'engagement consistait à s'approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie de Saint-Omer et avait pour contrepartie l'engagement de caution simple de cette dernière à concurrence de 20% du prêt consenti aux distributeurs, que la Brasserie était elle-même garantie par M. et Mme Rodier, qui s'étaient portés cautions, et qu'elle ne démontrait pas avoir pris un risque réel, la cour d'appel, qui a ainsi apprécié les contreparties au jour de la formation du contrat, a souverainement estimé, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche du moyen, que l'engagement pris par le brasseur était dérisoire, et en a justement déduit que le contrat litigieux était nul pour absence de cause* » (Cass. com. 8 févr. 2005, D. 2005, p. 639, Cass. com., 14 oct. 1997, Deffrénois 1998, p. 1040, obs. D. Mazeaud, D. 1998, Somm. p. 333, obs. D. Ferrier, RJDA 1998, n° 164, et T. Lambert, *Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière*, D. 2005, p. 1086). L'assistance ainsi consentie apparaît alors comme la contrepartie, entendons la cause, de l'engagement d'exclusivité (Cf. T. Lambert, *L'assistance dans le contrat de bière*, Rjcom. 1999, 429).

Sur ce marché très concurrencé, le contrôle de la justesse de la contrepartie apparaît alors comme un élément de police contractuelle comme l'illustre l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 février 2005. La jurisprudence affirme depuis longtemps la corrélation entre les engagements d'exclusivité, de durée ou encore de volume pris par la distributeur et l'assistance due par le fournisseur et la convention de fourniture (Cass. com., 28 oct. 1969, n° 67-10.446, JCP éd. G 1970, II, 16435 ; CA Colmar, 5 nov. 1958, D. 1959, p. 183) ; il est ainsi admis que l'assistance du fournisseur constitue la cause de l'engagement du distributeur (*sur ce point V. R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto, Droit économique, Lamy 2005, not. n° 4374, 4406 et 4635*). Les professeurs Mousseron et Seube avaient mis en évidence cette réciprocité (*J.-M. Mousseron et A. Seube, Le contrat d'assistance et de fourniture, D. 1973, chr., p. 197*).

Si le revendeur aliène sa liberté d'approvisionnement ce n'est qu'en contrepartie d'un avantage, d'une assistance. C'est ainsi que l'on a « nommé » certains de ces accords d'achat exclusif « contrats d'assistance et de fourniture ». Légitime, le contrôle de l'exigence d'une contrepartie repose donc, au final, sur une analyse

économique, réalisée, par le juge judiciaire, du même type que celle du juge concurrentiel (dans le cadre du REC n°1984/83, l'exemption supposait l'existence d'une telle contrepartie). Le message est aujourd'hui clair, il ne suffit pas que des obligations et engagements corollaires existent, il est également nécessaire qu'ils soient proportionnés à la réalité de l'engagement du distributeur.

§ 3 Les contrats fondés sur une exclusivité de fourniture

12 Contrat de fourniture exclusive. Le contrat de fourniture exclusive correspond à l'opération presque inverse de la précédente : le fournisseur s'oblige à fournir de manière exclusive, un seul distributeur qui sera ensuite chargé de commercialiser les produits ou services dont il devient le seul représentant. La contrainte pèse alors sur le fournisseur : celui-ci dispose d'un seul acheteur qui centralise la distribution des produits ou services ; il ne dispose pas de la faculté de désigner un autre acheteur.

Cette technique contractuelle peut prendre la forme d'un contrat ayant pour objet direct la fourniture exclusive au distributeur. Elle peut également prendre une forme plus indirecte, par exemple lorsque le fournisseur s'oblige, par des *engagements de quotas* à réaliser un montant déterminé de vente auprès du distributeur : plus les quotas sont élevés et plus le mécanisme ressemble à un engagement de fourniture exclusive.

Il résulte de cette technique que le mécanisme d'exclusivité porte sur deux objets différents : des produits ou des services, comme dans l'exclusivité d'approvisionnement, mais également un territoire. En effet, l'exclusivité de fourniture de type unilatéral implique que le distributeur, créancier de l'exclusivité, ne puisse être concurrencé sur un territoire déterminé. Peu importe alors la nature de ce territoire mais on observe que cette formule contractuelle est souvent utilisée comme outil d'exportation, le distributeur bénéficiant alors d'une large autonomie pour distribuer les produits sur ce territoire, soit de manière directe, soit de manière indirecte en concluant à son tour des contrats de distribution et ce, dans des conditions posées par le fournisseur ou de manière libre (Cf. *Lignes directrices 19 mai 2010 > document n°, pt 192*).

§ 4 Le contrôle concurrentiel des contrats d'approvisionnement et de fourniture exclusifs

13 L'application des règles du droit de la concurrence au cas particulier du contrat d'approvisionnement exclusif repose sur l'effet potentiellement anticoncurrentiel de l'effet d'exclusion des tiers à l'opération que suppose le mécanisme contractuel de l'exclusivité. En effet, ce mécanisme conduit à réserver les flux de vente en direction du créancier d'exclusivité : le distributeur ne peut acquérir que les produits déterminés du fournisseur, ce dont il résulte que les fournisseurs concurrents ne peuvent avoir accès à ce distributeur

Cette situation d'exclusion est encore plus frappante pour le contrat de fourniture exclusive : ce sont les distributeurs concurrents qui, dans ce cas, sont exclus du marché de la distribution.

Dans tous les cas, l'effet anticoncurrentiel dépend de la part de marché du créancier d'exclusivité, de la durée de l'engagement d'exclusivité. Le seuil d'atteinte à la concurrence est, dans le REC 330/2010, fixé à 30% : c'est le seuil généralement retenu. Ainsi, pour un contrat de fourniture exclusive, l'atteinte au marché est envisageable lorsque le marché d'amont, celui de la vente du fournisseur au distributeur, et/ou, le marché d'aval, la part de marché du distributeur à la revente est supérieure à 30%, sans que ce seuil soit cumulatif. La part de marché d'amont peut être inférieure à ce seuil tandis que la part de marché d'aval est supérieure, et plus encore si le distributeur est en position dominante sur le marché d'aval (*Lignes directrices, pt 194*).

D'une manière plus générale d'ailleurs, le fournisseur (ou le distributeur dans le cas d'un accord de fourniture exclusive) qui est en situation de position dominante sur le marché se voit très strictement limité dans l'organisation contractuelle de sa distribution. Ainsi, les *lignes directrices du 13 octobre 2000* qui accompagnaient le REC 2790/99 avant son remplacement par le REC 330/2010 indiquaient que « *les entreprises en position dominante ne peuvent pas recourir à des clauses anglaises ou à des remises de fidélité* », ni imposer une exclusivité d'achat sauf à « *pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratiques dans le contexte de l'article 82 CE* » (*Lignes directrices 13 oct. 2000, pts 141, 152*).

De même, l'accord d'approvisionnement exclusif bénéficie d'un préjugé favorable et n'est pas considéré, en lui-même comme exclusif de concurrence ; plus exactement, l'application de l'ancienne « règle de raison » permet largement de justifier un tel accord : identification aisée des revendeurs pour les consommateurs, filière d'écoulement qui doit permettre d'obtenir des services améliorés pour les consommateurs (information, conseil, démonstration, service après-

vente, etc.), prix moins élevés dont bénéficient les consommateurs, etc. C'est notamment le cas de l'accord d'assistance, dans lequel l'exclusivité a pour contrepartie une assistance du fournisseur (*CJCE 7 déc. 2000 Delimitis, aff. C-234-89, CJCE, 12 déc. 1981 Brasserie de Haecht, aff. 23-67*).

14 Seuils et effets cumulatifs. Par ailleurs, l'application des règles du droit de la concurrence à ces contrats est finalement assez rare en raison de la présomption de légalité concurrentielle qui s'attache à ces figures contractuelles, en raison des effets de seuil et des règlements d'exemption (*cf. D. Mainguy, J.-R. Respaud et M. Depincé, Droit de la concurrence, 2010, n°*), celui de 30% du REC 330/2010 mais également les seuils **d'accès** au droit de la concurrence, nationale comme communautaire, de 15% pour les restrictions verticales. Toutefois, ce seuil de 15% est excepté en cas « *effet cumulatif de réseaux* » pour redescendre à 5%. Il s'agit en effet de considérer le cas où un accord n'est pas de nature, en lui-même, en raison des faibles parts de marché qu'il représente sur le marché, à affecter de manière sensible le marché, mais est, en même temps, à comparer avec l'éventuel cumul de réseau de contrats identiques ou voisins, de telle manière que la répétition de ces réseaux de contrats est de nature, par cet effet cumulatif, à restreindre l'accès au marché. C'est, très concrètement, le cas de nombreux secteurs, celui de la distribution des produits pétroliers, de la distribution alimentaire. D'une manière plus technique, on prend en compte divers indicateurs, comme le taux de saturation du marché par ces réseaux, la fidélité des consommateurs aux enseignes, etc.

15 Règlements d'exemption. Le règlement désormais applicable date de 2010, le REC n°330/2010 qui remplace le précédent qui datait de 1999, le REC n°2790/99, ainsi que celui particulier au secteur automobile (REC n°1400/2002). Le Règlement n°2790/99 du 22 décembre 1999 introduisait cependant une nouveauté considérable en relayant plusieurs règlements sectoriels antérieurs, le Règlement n°1983/83 du 22 juin 1983 relatif aux accords de distribution exclusive, le Règlement n°1984/83 du même jour concernant les accords d'achat exclusif, avec des *addenda* intéressant les contrats de distribution de la bière ou d'essence et le Règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988 concernant les accords de franchise. Par conséquent, à une analyse particulière voire parcellaire, était substituée une analyse générale, commune à toutes les restrictions verticales de concurrence, c'est-à-dire les accords conclus entre des « non-concurrents ». L'autre nouveauté était de remplacer une analyse dite « juridique » par une analyse dite

« économique ». En effet, les règlements antérieurs posaient les conditions d'exemption en termes de clauses interdites, contrôlée, autorisées ou imposées. Par exemple, un contrat d'approvisionnement exclusif était exempté à condition que sa durée ne dépasse pas cinq ans, avec d'autres durées pour certains contrats comme les contrats de bière. Outre l'effet de camisole de ces accords, leur champ d'application n'avait rien de général et ne couvrait pas, notamment, les accords posant le plus de difficulté en droit de la concurrence que sont les contrats de distribution sélective.

Aujourd'hui, les contrats d'approvisionnement exclusif ne sont visés en tant que tel par le REC n°330/2010, mais s'inscrivent dans la curieuse, curieuse du point des habitudes juridiques françaises, catégorie des « obligations de non concurrence ». Celles-ci sont définies dans l'article 1^{er} du REC comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80% de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens ou services substituables sur le marché en cause, calculées sur la base de la valeur ou, si cela est la pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* ».

Le seuil de parts de marché en dessous duquel l'exemption est automatique est fixé à 30 %, le marché en question étant déterminé de manière particulière en raison du caractère vertical de l'accord (Lignes directrices, pt. 7 et 8, 91 et 92).

Cette exemption automatique est écartée en présence de « clauses noires » ou « restrictions caractérisées » (Règl. n°330/2010, art. 4), dont la présence emporte retrait de l'exemption pour l'ensemble du contrat, sans divisibilité possible de celui-ci. L'une de ces restrictions caractérisées est la clause d'exclusivité territoriale absolue (*Cf. infra*). Au-delà de ces « clauses noires », certaines clauses sont discutées, comme l'obligation de non-concurrence de l'article 1,b) du REC n°330/2010, dont le régime est précisé dans l'article 5 : elles ne sont pas exemptées mais leur présence ne remet pas en cause l'exemption attachée au contrat ; elles seront simplement écartées.

La notion d'obligation de non-concurrence visée par le REC n°330/2010 recouvre celle d'obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, de sorte qu'un contrat peut contenir une telle obligation

d'exclusivité pour autant qu'elle ne dépasse pas cinq ans, avec une exception pour les baux commerciaux ou les contrats de location gérance pour autant que la durée ne dépasse pas celle de la période d'occupation des locaux et terrains (Règl. n°2790/99, art. 5.a) (*cf. supra, n°*). Il en résulte qu'un contrat prévoyant une durée d'exclusivité supérieure à cinq ans est exempté si les conditions générales d'exemption sont respectées, mais point cette clause qui est considérée comme écartée : la clause d'exclusivité est nulle, elle est, au minimum, ramenée à cinq ans, voire annihilée, ce qui peut avoir des conséquences en termes de restitutions réciproques. Un contrat contenant une clause d'exclusivité à durée indéterminée est considéré de la même façon, de même qu'une obligation d'une durée tacitement renouvelable pour une durée supérieure à cinq ans.

En matière de **fourniture exclusive**, le Règlement n°2790/99 la définissait comme « *toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage d'terminé ou de la revente* » (*Lignes directrices, pt. 66*). Le nouveau REC, n°330/2010 définit, pour l'appréciation du seuil d'exemption, une double seuil à 30%, dans l'appréciation de la part de marché du fournisseur et de celle de l'acheteur, solution qui s'applique pleinement dans ce type de contrat (ce double seuil autrefois réservé à ce type de contrat est désormais généralisé). Au-delà de ce seuil de 30%, c'est la qualité de l'obligation qui sera prise en compte : la durée d'exclusivité (par itération, la durée de cinq ans applicable pour l'exclusivité d'approvisionnement sert évidemment de point focal sinon d'étalon : *Lignes directrices, pt. 196*), la part de marché réciproque du vendeur et de l'acheteur, etc.