

CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2014

dmainguy@wanadoo.fr
www.daniel-mainguy.fr

Avertissement

Ce travail destiné aux étudiants du Cours de droit de la distribution est l'abauche d'un ouvrage dont seules les parties utiles au cours sont ici présentée.

TROISIEME PARTIE

LES REGLES PARTICULIERES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION : LA DISTRIBUTION EN RESEAU

1 **Plan.** Comme il a déjà été envisagé dans la description proposée des contrats de distribution, il est apparu que deux grands modes de distribution coexistent, la distribution en réseau et la distribution par regroupement. Ce n'est pas la seule présentation possible et, à bien des égards elles se recourent : ainsi la distribution par regroupement utilise des formules contractuelles relevant de la première catégorie, comme des contrats d'approvisionnement ou de fourniture ou des contrats de franchise. Inversement un réseau de franchise peut organiser sa propre centrale d'achat, entité qui relève de la deuxième catégorie. Il reste que cette présentation isole deux modes de distribution, deux types d'acteurs différents, la distribution organisée autour d'une tête de réseau qui peut être un fabricant, un fournisseur, un importateur, un prestataire de services, comme un fabricant automobile, un fabricant de parfums, de vêtements, une banque, un loueur de véhicules, etc., le secteur dit de la grande distribution étant autrement organisé (Cf. infra n°).

2 La notion de réseau de distribution est, *a priori*, purement descriptive. Un réseau, c'est un ensemble d'entreprises liées entre elles par des liens, souvent contractuels. Le réseau permet d'affermir une relation, ou un ensemble de relations, qui, à défaut, seraient demeurées au niveau du marché, de la rencontre, aléatoire, de l'offre et de la demande. De ce point de vue, le réseau finalise la relation, il l'active et la pérennise. En même temps, le réseau assure une forme de hiérarchie : il y a une tête de réseau, le promoteur du réseau qui assure sa promotion, la police du réseau, son développement, etc. et qui imprime son autorité par sa marque par exemple qui va distinguer le réseau d'autres réseaux, ou par des services particuliers ou encore par la sélection des produits qu'il opère. Il apparaît ainsi, au premier abord, que la notion de réseau de distribution assure une forme d'organisation, d'identification d'entreprises sous l'autorité d'une autre entreprise qui se place à sa tête, dans le but d'optimiser les fonctions de tous ses membres.

3 La considération du réseau, déjà envisagée, est l'un des moyens les plus efficaces de jeter un regard sur les contrats de distribution. D. Ferrier les sépare en deux catégories, les accords de spécialisation d'une part et les accords de réitération d'autre part (1). Il définit les accords de spécialisation comme ceux « *par lesquels un fournisseur établit une relation privilégiée avec un ensemble de distributeurs répartis sur le marché géographique afin qu'ils se spécialisent dans la commercialisation de ses produits et appliquent ses exigences en matière d'approvisionnement et de revente* ». Les rôles sont définis : le producteur produit le mieux possible, le distributeur distribue le mieux possible, chacun se spécialise ainsi dans sa fonction la plus efficace. Il définit les accords de réitération comme ceux « *par lesquels un distributeur, qui peut être de surcroît producteur, après avoir connu une réussite commerciale dans son activité de distribution, propose à d'autres distributeurs d'appliquer ses normes de commercialisation pour réussir à leur tour dans la même activité* ». Les rôles sont ici différemment envisagés : le promoteur du réseau est un distributeur qui transmet à d'autres distributeurs les secrets de sa

1D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit., n°527.

réussite, laquelle doit se pérenniser. Le modèle de ces contrats est assuré par la formule du contrat de franchise.

Cette distinction demeure fondamentalement valable et efficace, quand bien même la catégorie des accords de réitération reste contingentée à une formule contractuelle particulière.

TITRE 1 – LES CONTRATS DE SPECIALISATION

4 Les contrats de spécialisation sont divers et difficilement classables : on identifiera ici les contrats fondés sur une exclusivité, quelle soit d'approvisionnement, ou, réciproquement, de fourniture (Chapitre 1), le contrat de distribution sélective (Chapitre 2), et les formes contractuelles qui assurent l'application du modèle de la « distribution exclusive » (Chapitre 3).

CHAPITRE 1. LES CONTRATS FONDES SUR UNE EXCLUSIVITE D'APPROVISIONNEMENT OU DE FOURNITURE

5 **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 (2). Ce faisant, le distributeur assume une obligation de faire, acquérir les produits ou service du fournisseur, le créancier d'exclusivité (3), 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 plusieurs formules contractuelles particulières articulées de cette obligation, le contrat d'achat exclusif (Section 1) et le contrat d'assistance et de fourniture (Section 2), le contrat de fourniture exclusive (Section 3) et l'ensemble permettant le contrôle concurrentiel de ces contrats (Section 4).

Section 1. Le contrat d'achat exclusif

6 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*). 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 (4). Le but de ces formules est

2 Cf. S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, *Bibl. dr. ent.* t. 57, Litec, 2002.

3 En ce sens, J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution, *Th. cit.* 2000.

4 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

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, éventuellement voisins. Ils se différencient en cela des contrats imposant une exclusivité *réiproque* 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.

7 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*

d'exclusivité, in Les principales clauses de contrats entre professionnels, PUAM, 1990, p. 55.

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 régit 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'acquiescer 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 « monomarchisme », 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'approvisionner 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 (5).

Ce peut être également des hypothèses plus complexes comme celle dans laquelle le distributeur a l'obligation de ne pas utiliser des équipements mis à la disposition du fournisseur pour des produits concurrents (6).

8 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

5 Comp. Cass. com. 16 févr. 1993, n°90-16760 ; Cass. com. 14 avr. 1992, n°90-13126, Cass. com., 28 juin 2005 : LPA 9 nov. 2006 n° 224, p. 22, Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-13.495 : D. 2011, pan., obs. D. Ferrier.

6 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.

très restrictive des engagements d'exclusivité qui est susceptible de faire perdre à ces contrats leur raison concurrentielle d'être (7). 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 (8).

9 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

7 Cf. T. Lambert, Le contrat de bière : l'exclusivité en voie de disparition forcée, JCP, éd. E, 2007, 2233.

8 Comp. Cependant : Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-13.778, Bull. civ. IV, n° 20, refusant cependant l'abus de dépendance économique.

objectifs ou encore des rendements (9). 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 (10). Mais ces contrats sont des contrats synallagmatiques de sorte que le refus de livrer opposé au distributeur justifierait la rupture du contrat.

10 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 (11). 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

9 Cf. A. Ronzano, Clauses de rendement et contrat-cadre de distribution, JCP, éd. E, 1996, I, 535.

10 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* ».

11 Cf. Cass. com. 14 mai 1991, n°89-18093.

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 (12).

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

12 Cass. com., 5 mai 1987, n° 84-17.585.

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 restrictive comme des produits quasiment identiques ou répondant exactement aux mêmes besoins (13) : 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 (14). 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 (15).

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.

13 Cass. com., 27 oct. 1969, n° 67-12575.

14 Cass. com., 25 févr. 1986, n° 84-14225.

15 Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-10261.

11 **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 (16), 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*).

12 **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 (17).

Section 2. Le contrat d'assistance et de fourniture

13 **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*

16 Cf. *Supra* et comp. Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906, préc. >document n°.

17 Cf. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence Litec*, 2010, n° .

(18). Cette assistance est très diverse : il peut s'agir de conseils, de promotions, 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.

14 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 (19). 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 (20) ou au contraire parce qu'il n'aura pas cessé à temps son assistance (21).

On rencontre ce type de contrats en matière de distribution de produits de grande consommation : distribution des boissons et notamment de la bière (22), 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.

15 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

18 Cf. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°495 s. ; J.-M. Mousseronet A. Seube, *A propos des contrats d'assistance et de fourniture*, D. 1973. chron. 197.

19 Cf. par ex : Crim. 16 avr. 1992, *BID* 1993-2.

20 G.-A. Likillimba, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, *Bibl. dr. ent.* t. 36, Litec, 2ème éd., 2001.

21 Cf. CA Pau, 28 avr. 1993, *RJ Com.* 1994, p. 23, obs. F. Grua.

22 Cf. T. Lambert, *L'assistance dans le contrat de bière*, *Rjcom.* 1999, 429.

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 de l'exclusivité, 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 conclu dans des conditions ordinaires. Un certain nombre de difficultés juridiques ont cependant 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 (23).

Par ailleurs, le fonds peut être créé pour l'occasion par le

23 Cass. Com. 23 mars 1999, CCC, 1999, n°109, obs. L. Leveneur > **document n°**.

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* » (24). 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 ou 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

24 Cass. com. 27 févr. 1973, D. 1974, p. 283, note J. Derrupé, > **document n°**.

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 (25), 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* » (26).

25 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.

26 Cass. com. 8 févr. 2005, D. 2005, p. 639, Cass. com., 14 oct. 1997, Defrénois 1998, p. 1040, obs. D. Mazeaud, D. 1998, Somm. p. 333, obs. D.

L'assistance ainsi consentie apparaît alors comme la contrepartie, entendons la cause, de l'engagement d'exclusivité⁽²⁷⁾.

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 le distributeur et l'assistance due par le fournisseur et la convention de fourniture⁽²⁸⁾.

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.

Section 3. Les contrats fondés sur une exclusivité de fourniture

16 Contrat de fourniture exclusive. Le contrat de fourniture exclusive correspond à l'opération presque inverse de la

Ferrier, RJDA 1998, n° 164, et T. Lambert, Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière, D. 2005, p. 1086.

27 Cf. T. Lambert, L'assistance dans le contrat de bière, Rjcom. 1999, 429.

28 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.

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°5, pt 192*).

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

17 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 (29).

18 **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 (30), 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.

19 **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

29 CJCE 7 déc. 2000 *Delimitis*, aff. C-234-89, CJCE, 12 déc. 1981 *Brasserie de Haecht*, aff. 23-67.

30 Cf.D. Mainguy, J.-R. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, 2010, n° .

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'acquiescer 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, un 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.

CHAPITRE 2. – LE CONTRAT DE DISTRIBUTION SELECTIVE

20 Définition : Sélection qualitative. Le contrat de distribution sélective (31) est un contrat fondé sur une sélection *qualitative* des distributeurs.

Selon une définition, que l'on peut considérer comme « classique » de la cour de cassation, le contrat de distribution sélective est celui par lequel : « *le fournisseur s'engage à approvisionner [c'est-à-dire à fournir] dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents* » (32). Cette définition est à peu près celle du règlement n°2790/99, art. 1-d et celui du Règlement n°100/2002, art. 1 f).

Le mécanisme se présente donc comme une formule qui détermine les conditions d'une **sélection** de distributeurs aptes à distribuer les produits contractuels fournis par le fournisseur à travers une obligation de fournir pour le fournisseur, souvent une tête de réseau, une obligation, à définir contractuellement, de s'approvisionner, pour le distributeur sélectionné, et une obligation de ne pas fournir des distributeurs non sélectionnés

31 Cf. J.-P. Viennois, La distribution sélective, *Bibl. dr. ent.* t. 41, Litec, 1999 ; Ph. le Tourneau, Distribution sélective et agréée, *Jur. class. Contr. distr.* fasc. 1020 ; D. Ferrier et alii, La distribution sélective, *Cah. Dr. ent.* 1991/1, B. Schaming, La distribution sélective, une voie de plus en plus étroite, *D. aff.* 2000, *Chron.* 173, *bibl.* In L. et J. Vogel, *Droit de la distribution*, Lawlex, 2012, n°242.

32 *Crim.* 3 nov. 1982, *Bull. crim.* n° 258, *D.* 1983, *IR*, 211, *obs.* Ch. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

pour le fournisseur. Il en résulte pour certains auteurs, que le contrat de distribution sélective est un contrat marqué par une exclusivité de fourniture puisque le fournisseur ne fournit que les distributeurs sélectionnés (*D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit. n°518 s.*) même si l'exclusivité de fourniture est traditionnellement envisagée comme attaché à un territoire, qui est ici exclu. En pratique les techniques sont variées : le réseau de distribution sélective peut être conclu entre le fournisseur et le distributeur en vue de ventes réalisées entre eux, ou bien se contenter de désigner des grossistes, ou bien encore, comme c'est le cas des réseaux de parfumerie, être établis à travers des réseaux de distribution organisés de points de vente.

21 Importance, utilité, distinctions. Les contrats de distribution sélective s'inscrivent dans la catégorie des **réseaux fermés** de distribution. Ce contrat se distingue ainsi de relations dans lesquelles le fournisseur vendrait à tout acheteur qui le lui demanderait, dans un réseau dit « ouvert » quand bien même des avantages particuliers, tarifaires notamment seraient accordés aux acheteurs qui satisferaient certaines critères particuliers. Dans ces réseaux ouverts, on identifiera le contrat d'agrégation (Cf. *Infra*, n°) mais également tous les systèmes dans lesquels un fournisseur met en place un système de conditions de vente différenciant les acheteurs qui réalisent des prestations déterminées. Le réseau de distribution sélective s'inscrit dans les réseaux « fermés ». où tout candidat acheteur ne peut obtenir les produits contractuels, seuls ceux qui auront bénéficié de la sélection pourront être approvisionnés.

En outre, les secteurs dans lesquels on trouve des contrats de distribution sélective sont finalement peu nombreux : il s'agit essentiellement de produits marqués, à forte notoriété et surtout dans le secteur des produits de luxe, notamment de l'habillement, des accessoires de mode, des montres ou de la joaillerie ou encore des parfums, mais également de certains produits de haute technicité, comme des véhicules ou d'autres produits. Pour autant, l'opération peut être appliquée pour n'importe quel produit dont les qualités le justifieraient.

L'objectif est alors, pour les fournisseurs de disposer d'une

alternatives aux réseaux ouverts, d'une part et aux réseaux encore plus fermés comme ceux qui assurent une sélection quantitative, associant à celle-ci une exclusivité réciproque. En effet, le fournisseur de ces produits peut ne pas souhaiter que ses produits se retrouvent dans une logique de distribution large, ou que les marques de ces produits soient associés à des marques moins notoires ou des techniques de distribution particulières comme la grande distribution. Inversement, la technique de la concession commerciale, qui implique une double exclusivité, peut ne pas convenir non plus dans la mesure où d'une part, le distributeur pourrait ne pas être en mesure d'amortir ses investissements s'il vendait les produits d'un fournisseur unique et, au contraire, le fournisseur peut penser que la distribution de ses produits, bénéficierait de la cohabitation de produits de notoriété voisine ou identique. La combinaison de ces contraintes, ainsi que celle de disposer de distributeurs compétents et formés, ont conduit à l'adoption de cette formule : elle permet de proposer des produits à un grand nombre de distributeurs par l'absence d'exclusivité d'approvisionnement imposée au distributeur tout en valorisant l'image de marque des produits vendus, assure une forme de garantie de compétence du distributeur aux yeux des utilisateurs. Il y a cependant une forme de contradiction dans l'objectif poursuivi : assurer une distribution large *et* limiter le nombre des distributeurs *et* disposer de distributeurs compétents. Si on ajoute en outre que l'image de marque ou la notoriété des marques distribuées suppose que l'utilisateur bénéficie de services additionnels, on ajoute encore à la difficulté. En effet, il convient que ces services soient tout à la fois imposés et rémunérés, ce qui implique des prix de revente assez hauts pour les utilisateurs et des marges confortables pour les distributeurs, ce qui met en scène la question des pratiques de prix imposés, longtemps considérée avec une sévérité absolue par les autorités de concurrence et désormais considérée de manière beaucoup plus laxiste par le REC 330/2010 et les lignes directrices qui lui sont associées. Dès lors, cette situation, ajoutée à l'élément d'attraction lié à la rareté des produits et leur indisponibilité sur le marché, puisque réservés aux seuls distributeurs sélectionnés membres du réseau,

crée des effets d'opportunité pour les tiers qui peuvent souhaiter obtenir ces produits, d'une part, et souhaiter les vendre peu cher d'autre part, sans bien entendu supporter les coûts inhérents à la distribution de ces produits. C'est la pratique du « free riding » ou distribution parallèle, qui crée encore un autre type de difficulté.

On trouvera donc dans un contrat de distribution sélective des éléments relatifs à la sélection, peu important la manière dont celle-ci peut être formulée. Cela peut être dans des conditions générales, dans un contrat, dans une charte, etc. On y trouvera des conditions relatives à la vente entre le fournisseur et le distributeur, des services rendus par l'un comme l'autre, et notamment des retours d'information sur les préférences des consommateurs par le distributeur, l'obligation de se soumettre à des expérimentations, etc., des services rendus aux consommateurs, comme des démonstrations, des installations, des conseils, etc., mais également sur les méthodes de vente, comme l'obligation de réaliser des promotions ou, à l'inverse, leur interdiction. On trouvera également des éléments relatifs à la sélection du point de vente, en termes d'agencement, de localisation du point de vente, de compétence et de formation du distributeur et des salariés, en termes d'environnement de marques notoires, etc.

Le principe même de ce type de contrat consiste alors à ne fournir que les distributeurs qui répondent en tout point aux critères de sélection ainsi établis.

Le contrat de distribution sélective se distingue donc de contrats qui peuvent paraître voisins. Il se distingue d'abord du *contrat de concession exclusive* : le contrat de concession comporte une exclusivité réciproque qui est absente du contrat de distribution sélective, même si la distinction, du point de vue des règles du droit de la concurrence peut paraître parfois moins évidente. Le contrat de distribution sélective se distingue encore du contrat de franchise car le premier ne propose pas la reproduction d'un modèle commercial. En pratique cependant, la distinction est parfois malaisée dans la mesure où nombre de réseaux de distribution sélective, en matière de parfumerie notamment, mêlent franchise et distribution sélective : un commerçant sélectionné propose de reproduire cette formule

auprès de commerçants indépendants qui devront respecter les critères de sélection et de la franchise (33).

22 Types de critères de sélection. Les techniques de sélection des distributeurs sont très variées. Elles sont naturellement, d'abord fondées sur des critères qualitatifs ; mais elles peuvent également prendre un tour quantitatif. On évoque à cet effet les réseaux de distribution sélective qualitative et les réseaux de distribution sélective quantitative. Cette distinction a notamment été promue en matière de distribution automobile. En effet, le Règlement d'exemption de 2002 en matière de distribution automobile assurait une faveur très marquée à l'encontre de la distribution sélective quantitative (avec un seul d'exemption établi à 40% contre 30% pour un contrat de distribution exclusive) et plus encore de distribution sélective qualitative (exempté en toute circonstance : 100%). Mais on retrouve cette logique de restriction du nombre des distributeurs dans la logique des réseaux traditionnels de distribution sélective, notamment dans le secteur des parfums ou des produits cosmétiques.

Les critères de sélection qualitative sont souvent articulés autour des logiques convergentes. Ainsi, en est-il des exigences en termes de surface de vente, ou de surface d'exposition, de la présence d'une vitrine (avec ou sans pendant sur Internet), de l'exigence d'un personnel qualifié et formé aux produits, de prestations offertes aux consommateurs (essayage, conseils, informations, démonstration, service après vente, etc.), de l'interdiction ou du contrôle des promotions, de l'exigence d'un assortiment déterminé, de l'exigence d'une proximité avec la fameuse clause d'environnement de marques dans les contrats du secteur de la parfumerie.

Les critères de sélection quantitative sont souvent compris comme allant des plus stricts, comme l'existence d'un *numerus clausus* à des clauses comme des clauses de minima de chiffres d'affaires, des clauses de stock ou des formules beaucoup plus

33 Cf. F. Fournier, L'équilibre des réseaux de franchise de parfumerie de luxe : d'un équilibre menacé à l'équilibre nécessaire, D. 2001. Chron. p. 793.

lâches comme les clauses fondées sur des facteurs locaux de commercialité, par exemple, un nombre de magasin déterminé par tranche de densité de population, souvent plus discuté, ne serait-ce que parce que le REC 330/2010 exige que les critères quantitatifs soient définis

23 Méthode de sélection. Le terme « sélection » recouvre deux réalités, celle de la logique de la sélection, ce qu'on appelle « les critères de sélection », mais également la procédure de sélection. Celle-ci passe par un agrément : un distributeur demande d'être fourni ou d'être agréé. Aucune difficulté lorsque la réponse est positive, sinon du strict point de vue de la qualité d'exécution du contrat ou de la licéité du réseau. En revanche, en cas de refus d'agrément, la jurisprudence exige que ce refus soit motivé.

Cette exigence s'explique par la nature du contrôle (concurrentiel) qui s'applique sur le contrat de distribution sélective et notamment de l'exigence consistant à présenter des critères objectifs et non discriminatoires.

Cela suppose en premier que les critères de sélection soient accessibles au candidat distributeur, sur le même mode de fonctionnement que la disponibilité des conditions générales de vente (Cf. C. com., art. L. 441-3), de sorte que l'absence de système contractuel, quelconque, de sélection, emportait absence d'existence d'un système de distribution sélective et ce faisant, abus dans le refus de sélectionner ou de vendre.

De même, la technique de sélection doit pouvoir être justifiée : l'appréciation de la valeur des éléments de sélection, sur la base d'une grille d'appréciation, usuelle utilisée. Dès lors que la sélection échoue, les motifs de cet échec doivent cependant être communiqués au distributeur (34), ce qui pose, alors, problème en cas de renouvellement d'agrément (cf. infra).

24 Restriction de concurrence. Ce type de contrat provoque, en lui-même un ensemble de restrictions de concurrence : l'exclusion des distributeurs non sélectionnés

34 Cf. Cass. com. 23 févr. 1993, CCC 1993, n°89, obs. L. Vogel.

aboutit, en premier, le fournisseur à ne pas fournir les autres distributeurs, déclenchant autant de refus de vente ; il aboutit également à interdire aux distributeurs sélectionnés de vendre à des distributeurs sélectionnés.

Cette situation aboutit donc à un mécanisme d'exclusion de distributeurs, situation potentiellement anticoncurrentielle, et donc à un contrôle concurrentiel des contrats de distribution sélective, comme d'ailleurs des autres types de contrats opérants une sélection, quelle qu'elle soit. Ce contrôle peut s'envisager de plusieurs manières. Il peut s'agir d'une manière uniforme pour tous les contrats emportant une restriction du nombre de distributeurs, sauf à différencier ensuite, à la marge donc, pour chaque contrat, l'appréciation concurrentielle qui pourrait être effectivement faite. Telle était, d'ailleurs, la position française pendant longtemps. Par exemple, la Cour de cassation avait considéré, à propos de la réorganisation d'un réseau de contrats de concession exclusive, qu'il convenait de reprendre les critères du contrat de distribution sélective pour censurer l'arrêt d'appel qui avait admis la rupture d'un contrat de concession : *« en se déterminant ainsi, par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par la Seita, et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (35) »*. Cette solution conduit à une sévérité accrue du contrôle si l'on admet que le contrôle des contrats de distribution sélective est lui-même sévère.

Une autre manière consiste au contraire à proposer une analyse différenciée. C'est d'ailleurs la solution promue par les règles du droit communautaire de la concurrence qui assure, notamment depuis la « révolution concurrentielle » de 1999 et les

35 Cf. Cass. com. 25 janv. 2000, CCC 2000, n°65, obs. M. Malaurie-Vignal, Cah. dr. ent. 2000/4, p. 19, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Cass. com. 28 janvier 2005, n°04-15279, ;Paris 29 nov. 2007, CCC 2008, n°70, p. 24, obs. M. Malaurie-Vignal : « si la condition quantitative opposée par la société Cartier pour organiser son réseau de distribution n'est pas illicite en soi, il lui appartient de sélectionner les distributeurs sur la base de critères définis objectivement fixés et appliqués sans discrimination à l'égard de tous les revendeurs potentiels ».

« nouveaux » règlements d'exemption par catégorie, d'abord une définition de la formule de la distribution sélective, contrairement à la situation antérieure et d'autre part une appréciation différente selon que le système de distribution choisi est un système fondé sur une sélection quantitative ou une sélection qualitative. En effet, où la sélection qualitative suppose une technique de sélection principalement fondée sur des critères objectifs déduits de la nature du produit contractuel, elle suppose, dans le second cas, une sélection fondée sur la réduction du nombre des distributeurs.

Cette distinction se s'entend pourant pas d'évidence : la position traditionnelle française peut se justifier comme considérant qu'une logique de distribution quantitative *ajoute* à une sélection qui est par ailleurs qualitative. Dans le même temps, les formules contractuelles ne sont pas simplement des emboîtements mécaniques, un réseau de distribution exclusif n'est pas simplement l'ajout d'une sélection quantitative à une sélection qualitative. Si sélection qualitative il y a en effet dans les logique de distribution quantitative, elle ne se fonde pas sur les mêmes critères : ainsi les critères de sélection qualitative peuvent être beaucoup plus lâches voire moins objectifs. Dès lors, on peut admettre qu'une sélection quantitative suppose d'autres arguments de justification, voire aucun et qu'il se justifie en lui-même tandis qu'une sélection qualitative suppose l'appréciation des critères objectifs de sélection. Curieusement cependant, cette solution aboutit à une appréciation plus sévère que pour le jeu de la distribution sélective.

Face à cette incertitude, la Cour de cassation a posé, le 29 mars 2011 (36) une question préjudicielle pour que la Cour se prononce sur ce point : la tête d'un réseau de distribution exclusive peut-il se contenter de poser les critères de réduction du nombre des distributeurs ou doit-il, comme dans la solution de 2000, justifier des critères objectifs de sélection qu'il a posé ?

25 Pour ces raisons, le contrat de distribution sélective pose un problème de validité, de licéité plus exactement, du réseau et

36 Cass. com. 29 mars 2011, JCP, éd. E, Pan, 1306.

des critères de sélection posés (Section 1), puis d'efficacité (Section 2) que ce soit dans les relations inter partes ou avec les tiers.

Section 1. Validité du contrat de distribution sélective

26 Critères de sélection. La distribution sélective suppose qu'un producteur décide de commercialiser des produits ou parfois des services par l'intermédiaire d'un nombre restreint de distributeurs qu'il aura choisis selon un certain nombre de critères. Cette question de choix d'un partenaire contractuel ne concerne pas que la distribution sélective et est au contraire commune à la conclusion de la plupart des contrats, et des contrats d'affaires en particulier. Le problème posé dans le cas de la distribution sélective repose sur la considération que, outre les difficultés propres à ce type de choix (élaboration de critères *intuitu personae*, problème de licéité du critère de choix), la question propre du principe même de la sélection de distributeurs selon des critères dits qualitatifs, et donc de limiter la demande de produits de haute réputation, alors que cette sélection aboutit à une limitation du nombre de distributeurs considérés comme aptes à les commercialiser, limitation d'autant plus drastique d'ailleurs que la renommée sera grande.

Pendant longtemps, la technique permettant de déterminer l'application des règles assurant ce contrôle reposait sur les conditions de la réglementation de l'interdiction du refus de vente. La sélection, en effet, aboutissait à contraindre le fournisseur à refuser de vendre à des distributeurs, refus de vente qui n'était validé que pour autant qu'il correspondait à la préservation d'intérêts légitimes et concurrentiellement valables. Depuis l'abrogation de l'interdiction de principe du refus de vente, la sélection des distributeurs par un fournisseur est surveillée en considération de son principe même et indépendamment du fait que le fournisseur peut, légalement, refuser de vendre des produits à un distributeur.

C'est donc la précision des critères de sélection qui permet d'assurer la licéité de l'opération.

La sélection des distributeurs s'effectue de toute manière

possible, dans des conditions générales, sur la base d'un contrat, peu importe. Parce que la formule contractuelle de la distribution sélective impose au fournisseur des refus de vente aux distributeurs sélectionnés, pratiques particulièrement répréhensibles en droit de la concurrence, les autorités de la concurrence ont eu très tôt à se prononcer sur la validité des contrats de distribution sélective, à la demande des distributeurs non sélectionnés, et donc sur les fameux « critères de sélection ».

La nature de ces critères est très variée : il peut s'agir de critères fondés sur le fonds de commerce, exprimés par exemple en termes de surfaces minimales, ou bien, sur un ratio surface d'exposition/surface totale, sur le nombre ou la surface des vitrines, sur l'existence des caisses spécifiques. Il peut s'agir de critères fondés sur les conditions de commercialisation comme le nombre de personnes employées, leur qualification, l'existence de promotions organisées, de cadeaux, de démonstrations, tests, informations, conseils, essayages que les clients peuvent réaliser, sur l'assurance d'un service après-vente ou bien encore sur l'assortiment de produits à vendre ou encore sur « l'environnement de marques » qui entourent les produits objets du contrat.

Dans tous les cas, la conclusion du contrat suppose que les critères identifiés soient vérifiés, validés ce qui passe par un « agrément » du distributeur sélectionné lesquelles sont en pratique réalisées par des grilles d'évaluation. Il en résulte que le refus d'agrément doit être motivé et que ce sont ces refus d'agrément qui génèrent les conflits, exprimés le plus souvent en termes de validité du contrat de distribution sélective : le distributeur dont la candidature est écartée critique alors les critères utilisés.

Cette critique aboutit au contrôle du caractère licite de la sélection sur le fondement du droit des ententes, car l'existence d'un réseau de distribution sélective conforme au droit des ententes justifie le principe d'une sélection. La mise en œuvre de cette sélection reste ensuite contrôlable, en droit français, sur le fondement de l'interdiction des pratiques discriminatoires, sur le fondement de l'interdiction des abus de domination (abus de position dominante, abus de dépendance économique) et surtout,

par recours au droit commun de la responsabilité en cas d'abus de droit.

27 Contrôle de la sélection par les règles du droit des ententes. Le contrôle de cette sélection s'effectue par le droit des ententes attendu que les autorités de concurrence ont décidé de considérer que la sélection ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise mais s'inscrit dans des entrelacs de relations contractuelles, nées du réseau de s'insère par contre dans les relations contractuelles : le contrat se forme sur la base d'une demande formulée par le distributeur, qu'elle repose sur un demande formelle de conclusion d'un contrat de distribution sélective, ou moins formellement sur un bon de commande portant sur les objets réservés au réseau de distribution sélective, et d'une acceptation par le fournisseur, qui passe par un « agrément », exprès ou tacite, du distributeur lequel est alors, de manière réciproque, en situation d'acceptation des critères de sélection (37).

Or, caractérise une restriction de concurrence le fait d'insérer une clause, dans un contrat imposant de refuser de fournir des distributeurs non agréés (concurrence « *intrabrand* »), au sens de l'article 101§1 TFUE (38).

L'ensemble suppose cependant sur les règles dites « *de minimis* » ne soient pas visées, donc que la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, seuil réduit à 10% lorsqu'il est difficile de déterminer si le système repose sur des accords entre concurrents ou entre non concurrents, et 5% en présence d'un effet cumulatif de réseaux similaires, pour autant, enfin, qu'on n'identifie pas des restrictions caractérisées (ici : interdiction des ventes par un membre du réseau à un distributeur non agréé ou prix de revente minimum imposés). Par ailleurs, et même en l'absence d'effet anticoncurrentiel

37 CJCE, 25 oct. 1983, aff. 107/82, AEG c/ Commission : Rec. CJCE 1983, p. 3151.

38 Déc. Comm. CE, n° 92/33, 16 déc. 1991, *Yves Saint-Laurent Parfums*, JOCE18 Janvier 1992, p. 35

démontré, la Commission peut prendre un règlement de retrait d'exemption lorsque des accords qui réalisent un effet cumulatif de réseaux parallèles excèdent 50% du Marché (REC 330/2010, art.6).

En outre, les autorités communautaires de la concurrence considéraient, avant l'entrée en vigueur du Règlement n°2790/99, que les contrats de distribution sélective bénéficiaient de la « règle de raison » (39), distinguant alors les techniques de distribution qualitative et quantitative, cette dernière n'étant pas *a priori* conforme au droit de la concurrence. Cette méthode a fait l'objet de vives controverses en doctrine qui dénonçait l'illégalité de la règle de raison, en tant qu'imitation d'une technique jurisprudentielle américaine inadaptée au droit européen et au droit français (40) qui aboutissait à distinguer les critères de sélection valides par nature et les autres, aboutissant à diverses affaires posées comme de principe, dont les célèbres affaires *Yves Saint-Laurent Parfums* et *Givenchy* (41). La jurisprudence française, très rétive à cette distinction et à la condamnation systématique de la sélection quantitative a cependant retenu l'application de la règle de raison (42). D'ailleurs et malgré les règlements d'exemption en vigueur depuis 1999, la méthode de la règle de

39 CJCE, 25 oct. 1977, aff. n° 26/76, *Métro*, n° 3 : «les systèmes de distribution sélective constituent (...) un élément de concurrence conforme à l'article (Traité CE, art. 81, § 1), à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère quantitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels, et appliquées de façon non discriminatoire ». Adde : CJCE, 10 juill. 1980, aff. 37/79, *Estée Lauder* : Rec. CJCE 1980, p. 2481, pour l'exigence de proportionnalité.

40 Cf. M. Raynaud, Protection des réseaux de distribution sélective, RJDA 1993, p. 17 ; D. Fasquelle, Droit américain et droit communautaire des ententes – Étude de la règle de raison, GLN Joly, 1993, n° 208 ; J.-P. Viennois, La distribution sélective, Litec, 1997, sp. n° 47 à 63.

41 Déc. Comm. CE, n° 92/33, 16 déc. 1991, *Yves Saint-Laurent Parfums*, préc. Déc. Comm. CE, n° 92/428, 24 juill. 1992, *Givenchy*, JOCE, 19 Aout 1992, 22, TPICE, 12 déc. 1996, aff. jointes T-19/92 et T-88/92, *Leclerc* : Rec. CJCE 1996, II, p. 1875 et 1961 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 6.

42 Cass. com. 21 oct. 1997, préc.

raison issue des jurisprudences *Métro* et *Parfums YSL* et *Givenchy* demeure pour partie inhérente à la pratique décisionnelle récente (43).

L'entrée en vigueur du règlement n° 2790/1999 a considérablement limité la distinction entre la distinction entre la sélection qualitative et la sélection quantitative dans la mesure où aucun critère juridique ne s'impose en premier de sorte que tous les critères de sélection étaient désormais considérés comme valables, exemptés, en dessous du seuil de 30% et présumant la conformité des contrats de distribution, par exemple sélective, au droit des ententes, y compris lorsque des critères sélectifs quantitatifs sont associés à des critères qualitatifs.

Pour autant, ces critères qualitatifs, en tant qu'ils sont susceptibles d'emporter des refus de sélection ou des refus de vente sont soumis à appréciation laquelle repose sur plusieurs conditions : en effet le REC n°330/2010 exige que les critères soient « définis » (Art. 1, e). Cependant, la Commission européenne, dans les lignes directrices de 2010 associées au REC n°330/2010 a bien précisé les conditions que doivent remplir ces critères « définis » ce qui permet d'exercer un contrôle étroit de la validité de ces critères de sélection :

« On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient remplies. Premièrement, la nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire » (Point 174 >Document n°L5).

Trois questions donc : des critères *nécessaires* et justifiés par la nature du produit (§ 1) ; l'existence de *critères objectifs et qualitatifs* et

43 Déc. Cons.conc. n° 05-D-50, 21 sept. 2005, *Kronenbourg*.

non discriminatoires et l'identification d'une *proportionnalité* entre ces critères (§ 2) et l'objectif de commercialisation poursuivi ; enfin l'ensemble suppose une appréciation particulière (§3).

§ 1. – Nécessité du recours à des critères sélectifs de distribution d'un produit

28 Le premier critère repose sur une logique de bon sens : le meilleur est l'ennemi du bien. Pour qu'une technique élaborée de distribution dont l'effet, voire l'objet, est d'éliminer et de retenir certains distributeurs, puisse être envisagée, encore convient-il que les produits ainsi soumis à cette technique supposent, mieux, nécessitent le recours à une technique particulière de distribution : « *un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage* » exposent les lignes directrices précitées. A défaut, aucun gain d'efficience n'est apporté par la restriction de la commercialisation de ces produits pour la justifier.

29 **Nature des produits.** La nature des produits doit ainsi justifier l'application de critères particuliers : ce sont très souvent les produits de luxe ou les produits de haute technicité qui sont mis en avant par ces techniques de commercialisation.

S'agissant des produits de luxe (44), leurs qualités particulières, par exemple de fabrication ou bien des matières utilisées, leur fragilité, leur complexité, l'ensemble englobant par exemple les chaussures de sport (45), les instruments de musique, les produits alimentaires périssables, comme le chocolat, les produits supposant une technique de conservation particulière comme de la bière ou des cigares, les vêtements, les parfums et produits

44 Cf. R. Kovar, Les produits de luxe et la distribution sélective, Mélanges C. Gavalda, Dalloz, 2001, L. Gimalac, La définition de la quintessence du luxe : un défi utile pour le juriste, Gaz. Pal. 2001, doct., p. 1595) ou de haute technicité, ce peut être leur notoriété (Cf. CJCE, 11 déc. 1980 L'Oréal, Rec. p. 3775.

45 Déc. Cons. conc. n°89-D-43 5 déc. 1989, n°91-D-03, 15 janv. 1991, Chaussures de ski), les produits d'horlogerie (CJCE, 21 déc. 1976, aff. 77/10, Junghans.

cosmétiques (46), électroniques ou informatiques (47), etc. La liste est longue et évidemment non exhaustive : le seul critère utilisé par les lignes directrices est la corrélation nécessaire entre la technique de sélection et la nature du produit, à démontrer par la tête de réseau (48). Ainsi, des produits de céramique ont été considérés comme justifiant le recours à cette technique (49).

S'agissant des produits de luxe, la démonstration est souvent facilitée, encore que la notion de luxe et l'image qui l'accompagne soit éminemment subjective et en même temps construite. Certains produits sont luxueux par nature, en raison des qualités de fabrication, de l'originalité, de la rareté de la qualité des matériaux, etc. tandis que d'autres développent une image de marque qui dépend d'autres facteurs et notamment la mise en œuvre, par une campagne de publicité, d'une image de marque déterminée. Mais, là encore rien n'est automatique : il ne suffit d'invoquer le l'image de marque d'une marque de luxe pour justifier la distribution sélective de n'importe quel produit vendu sous cette marqué ; par exemple des produits dérivés ou accessoires comme des sous-vêtements, commercialisés sous une marque de luxe, dont le but est d'accroître cette image, ne sont pas nécessairement des produits de luxe éligible à la catégorie des produits susceptibles d'une sélection qualitative (50). Ainsi, distinguera-t-on les produits de luxe, de haute qualité, de qualité, mais également la nature des produits vendus sous les marques.

46 Déc. Comm. 16 déc. 1991, Yves Saint-Laurent, Contr. conc. consom. 1992, n°37, Déc. Comm. 24 juill. 1992, Givenchy, Contr. conc. consom. 1992, n°164, CJCE, 28 avr. 1998, Javico International c/ Yves Saint-Laurent, D. aff. 1998. 951 ; TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/92, Yves Saint Laurent, et T-88/92, Givenchy, Rec. CJCE, II, p. 1851, CCC. 1997, n° 1, obs. L. Vogel), les produits Hi-Fi (CJCE, 25 oct. 1977, Metro I, Rec. CJCE, p. 1875.

47 Déc. Comm. n° 84/233/CEE, 18 avr. 1984, IBM-computer.

48 Paris, 28 avr. 2000, D. 2002, p. 3006, obs. D. Ferrier.

49 Déc. Comm. n° 85/626/CEE, 16 déc. 1985, Villeroy et Bosch) ou bien la distribution des journaux (CJCE, 3 juill. 1985, aff. 243/83, Binon, Rec. CJCE, p. 2015), des jeans (Cass. com., 11 janv. 2005, n° 02-10566, CCC 2005, n°89

50 Cf. Cass. com. 8 juill. 2003, n°00-16726.

§ 2. – Objectivité, non discrimination et proportionnalité des critères de sélection

³⁰ **Nature de la distribution.** La deuxième condition d'appréciation de la validité concurrentielle des critères de sélection est plus complexe : *les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire* poursuivent les lignes directrices précitées, de sorte qu'il convient que le mode de sélection soit le plus adapté possible aux conditions optimales de commercialisation du produit.

Le choix d'une technique de distribution sélective aboutit par nature à écarter certains distributeurs, ceux qui ne répondent pas aux critères de sélection. Ce choix aboutit parfois, voire souvent, à exclure certaines techniques de distribution ou certaines modèles de distribution, classiquement la grande distribution, la vente par correspondance ou la vente par Internet.

Or, la condition posée pour la validité (concurrentielle) d'un contrat de distribution sélective impose que les techniques de sélections pour être objectives, de nature strictement qualitative, uniformes et non discriminatoires ne doivent pas exclure, *a priori* une forme déterminée de commercialisation (51). Les lignes directrices de 2010 imposent ainsi :

En premier lieu, cette adaptation n'est pas monologique : ainsi, un réseau de distribution sélective peut être associé à un réseau de contrat de distribution exclusive. C'est même une situation très fréquente en pratique, validée par la jurisprudence communautaire et depuis par le REC n°330/2012 (art. 5§1, a) et art. 4)c) (52).

En second lieu, cette adaptation ne doit pas aboutir à une exigence qui, en fait, aboutirait à une discrimination. Ce pourrait être le cas, par exemple d'une exigence de spécialisation du

51 Cf. Déc. Cons. Conc. 19 nov. 1996, Contr. conc. consom. 1997, n° 66, obs. L. Vogel ; TPICE, 12 déc. 1996, RJDA 1997, n° 666 ; Com. 21 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 271, D. 1998. Somm. P. 340, obs. D. Ferrier.

52 Cf., pour des jeans, vendus en dehors et dans un réseau de distribution sélective : Cass. com., 11 janv. 2005, n° 02-10566.

distributeur (53). Cette question a très nettement été présentée dans des systèmes contractuels qui, directement ou indirectement excluaient des formes particulières de distribution, et notamment pour des produits cosmétiques ou des parfums qui réservaient la distribution de leurs produits à des **pharmaciens d'officine** (ce qui, indirectement, assurait en outre une sélection quantitative puisque ces pharmaciens sont limités en nombre) de manière à exclure la grande distribution, en expliquant dans l'exposé des critères que ce circuit de distribution était le seul à même de garantir les conseils nécessaires aux acheteurs.

L'exclusion en résultant à été considérée comme anticoncurrentielle, d'une part parce que rien dans la législation ne permet de justifier que des produits cosmétiques soient réservés aux pharmaciens d'officine (54), ce dont il résulte que, pour des produits qui ne sont pas des médicaments, comme des produits cosmétiques ou de parapharmacie, et donc ne présentent pas de conséquences pour la santé des consommateurs, ces produits doivent pouvoir être distribués par n'importe quel type de distribution et par des revendeurs quand bien même ils ne seraient pas titulaires d'un diplôme de pharmacie. Dès lors, l'exigence d'un employé, au moins qui soit titulaire d'un tel diplôme n'est pas une condition nécessaire de la distribution de ces produits (55).

Une telle exigence est alors redoutable, notamment au regard de la distribution en **grande surface** d'autant que la Cour de cassation a ainsi décidé qu'il était faux d'affirmer que « *la commercialisation des produits de luxe selon les techniques de la grande distribution fait perdre à ces produits leur renommée et le caractère luxueux*

53 Cf. Paris, 9 décembre 1997, JCP, éd. E, Cah.dr. entr. 1998, n°5, p. 23, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, CCC 1998, n°26, obs. M. Malaurie-Vignal, pour une clause exigeant des revendeurs qu'ils n'exercent que l'activité d'horlogerie-bijouterie.

54 Cass. com. 7 avril 1998, n°96-14955 ; Dec. Cons. conc. n°87-D-15, 9 juin 1987, sur appel, Paris, 28 janv. 1988, D. 1989. 499, note H. Bolze et sur pourvoi Com. 25 avr. 1989, D. 1990, p ; 64, note Lavillaine-Juliet.

55 Cf. Dés. Cons. conc. n°96-D-57 1^{er} oct.1996.

que veut leur conférer le fabricant » (56).

Inversement cependant, il n'en résulte pas que l'écart d'un mode de distribution particulier soit impossible, dès lors que la nature du produit impose un mode particulier. C'est le cas lorsque la loi l'impose, comme ce serait le cas du tabac ou des produits médicamenteux par exemple.

31 On retrouve encore cette même difficulté dès lors que le promoteur du réseau se trouve confronté à des **ventes par correspondance** modernisées en **ventes sur Internet**.

L'interdiction faite aux distributeurs de procéder à des ventes par correspondance est tout à la fois une limitation des potentialités commerciales des distributeurs et, peut-être, une exigence liée à la nature des produits vendus ou du mode de distribution. Ce peut être le cas de produits qui nécessitent des informations particulières ou des conseils, comme pour les produits de luxe (57) des produits cosmétiques voire de produits dangereux ; il est clair cependant qu'une telle interdiction, si elle était considérée comme justifiée, ne devrait pas être discriminatoire.

De manière plus générale, il apparaît clairement que l'interdiction contractuelle qui serait faite, par le fournisseur, au distributeur sélectionné de procéder à des ventes des produits objets de ce mode de distribution sur Internet serait considéré comme illicite (58).

La jurisprudence et la doctrine (59) sont, depuis quelques années pléthoriques. Il en résulte que le principe selon lequel le

56 Cass. com. 21 oct. 1997, D. 1998. Somm., p. 340, obs. D. Ferrier ; Paris, 11 oct. et 24 nov. 2000 et Cass. com. 16 mai 2000, Cah. dr. ent.2001-2, p. 31, obs. D. Mainguy.

57 Cf. Déc. comm. 16 déc. 1991, aff ; C-92/33 YSL.

58 Dés. Cons. conc. n°96-D-28 5 oct.1996, RDC 2006, p. 1111, obs. L. Idot.

59 Cf. D. Ferrier, La distribution sur l'Internet, JCP, éd. E, 2000, 2, 12, M. Vivant, Internet et distribution sélective, JCP, éd.E, 2000, 1230, D. Ferrier, La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006, Chron. p. 37, C. Vilmart, les nouveaux risques pour la distribution selectives, JCP, éd ; E, 2011, 1028., S.Alma-Delette S., Cyberdistribution, J.-Cl. Commercial, Fasc. 815.

fournisseur réserverait la sélection aux seuls commerçants physiques et refuserait d'agréer un commerçant disposant d'un site de vente sur Internet ou un « *pure player* », un commerçant exclusivement présent sur l'Internet, serait à défaut de stipulations particulières (et valables) dans le contrat, illicite : durcissant la position posée par principe par les règles du droit de l'Union européenne, l'autorité de la concurrence considère en effet et ce d'une manière générale que la restriction à la vente en ligne est une restriction caractérisée en tant qu'elle fait obstacle aux ventes actives passives mais également considère que la possibilité de limiter la distribution en ligne à des distributeurs ne peut être admise que pour des circonstances exceptionnelles (60). Du point de vue de l'application des règles du droit de la concurrence de l'Union européenne la CJUE considère que l'interdiction générale et absolue de vendre par Internet constitue une restriction de concurrence par l'objet à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée pour bénéficier d'une exemption individuelle (61).

Cela ne signifie pas que tout exercice de la liberté contractuelle est exclue ; en effet, le fournisseur peut imposer des restrictions à la vente sur Internet, pour autant que celles-ci sont considérées comme proportionnées à l'objectif visé et qu'elles soient comparables aux restrictions qui seraient apportées dans un point de vente physique (62). Par exemple, la clause qui interdirait de réaliser des prix d'appel, ou qui fixerait des normes de présentation des produits, etc. sont valables dès lors qu'elles sont posées de manière non discriminatoire (*Cf. Lignes directrices, pt.*

60 Cf. *Lignes directrices, pt. 52*. Déc. Cons. conc., déc. n° 06-D-28, 5 oct. 2006 *Distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma* Dés. cons. conc. n°07-D-07 8 mars 2007, *Distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*; Dés. Cons. conc. n°08-D-25 29 oct. 2008, *Distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques*, RLDA 2009, n°1272, obs. P. Arhel, CCC 2208, n°271, obs. M. Malaurie-Vignal. Comp. cependant Déc. cons. conc. n°07-D-07, préc., qui admet le jeu d'une exemption individuelle si le fabricant démontre l'existence d'une contribution suffisante au progrès économique.

61 Cf. CJUE, 13 oct3 2001, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

62 Dés. Cons. conc. n°96-D-28 5 oct.1996, préc.

54). Il en résulte une contrainte considérable pour les fournisseurs qui doivent alors adapter les techniques de sélection à l'hypothèse de la vente des produits distribués sur Internet, s'agissant par exemple de la présentation du personnel, de la taille des vitrines, de l'ameublement, d'environnement de marques, etc. et ce de manière d'autant plus importante que les effets « territoriaux » n'ont rien à voir, entre la détermination de la zone de chalandise d'un point de vente physique, et la capacité d'attraction, *a priori* non déterminée par les logiques physiques ou territoriales, d'un site de vente électronique.

Dans une affaire connue, un fabricant avait posé une question préjudicielle à la CJUE (63) pour obtenir des précisions sur le traitement de l'interdiction de la vente sur Internet et la Cour avait répondu (64) qu'une telle interdiction consistait bien en une restriction caractérisée si elle n'était pas justifiée par les qualités propres aux produits eux-mêmes et que l'image de prestige n'est pas, en tant que telle, une justification suffisante de l'exclusion de ce type de mode de commercialisation.

En revanche, et au-delà de l'hypothèse dans laquelle le fournisseur parviendrait à justifier l'exclusion du recours à l'Internet (évidemment très difficile puisque le contrôle s'effectue *a posteriori*), il existe quelques exceptions ou limites.

Ainsi, est-il possible d'exclure l'utilisation de la vente sur Internet dès lors que la vente suppose une relation physique avec le consommateur, notamment pour des raisons de santé (65).

En outre et surtout un contentieux important s'est développé pour mesurer les limites qui pouvaient être apportées à l'utilisation de l'Internet par le distributeur.

Ainsi, l'interdiction des « *pure players* » est *a priori* valable, en tant, en raisonnant à l'envers, que l'utilisation de l'Internet par un

63 Paris, 29 oct. 2009, n°08/23812, *Pierre Fabre Cosmétique*.

64 CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, JCP, éd. G, 2011, 1430, note D. Ferrier, CCC 2011, n° 257, obs. M. Malaurie-Vignal, n°263, obs; G. Decocq. Adde J.-L. Lesquins et L. Ferchiche, Exemptabilité de l'interdiction des ventes sur Internet : l'étau se resserre, RLDA 2011/65, n° 3717.

65 Cf. toutefois, CJUE, 11 déc. 2003, aff. C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, Rec. 3003-I, 14887, rejetant l'interdiction pour des médicaments non soumis à prescription médicale.

distributeur peut être subordonnée à l'exploitation d'un ou plusieurs points de vente physiques (66).

Par exemple l'utilisation, sur le site du distributeur, de liens hypertexte vers d'autres sites peut être contrôlé, de même que l'imposition d'une charte graphique particulière visant à préserver l'image des produits vendus, ou bien encore imposer un stock minimum de produits (67).

32 Qualité de la distribution. La sélection s'opère également au regard des qualités du point de vente du distributeur. Les critères de sélection reposent, de manière presque systématique, sur ces qualités, et le fait que les produits contractuels soient distribués dans un espace spécifique adapté à la qualité ou l'image de prestige de ces produits.

L'ensemble de ces critères repose sur l'idée qu'ils doivent correspondre à des exigences nécessaires, et non excessive, au regard des impératifs de distribution de ces produits. Par exemple, pour des produits parapharmaceutiques, le promoteur du réseau peut imposer un environnement favorable, un environnement qui ne nuise pas à l'image de marque des produits, mais point un espace clos (68). C'est le cas notamment de l'exigence selon laquelle des produits de luxe devraient être commercialisés selon des critères de standing, ce qui ne saurait être considéré comme interdisant la vente en grande surface (69), ce qui suppose un espace dédié à ces produits et une méthode de distribution conforme aux exigences du promoteur du réseau, voire d'une caisse spécifique.

De manière plus générale, le fournisseur peut exiger que l'aspect extérieur du magasin, c'est-à-dire la **vitrine**, soit conforme à certains critères et propre à préserver l'image du produit. C'est ainsi que l'existence d'une vitrine extérieure est

66 *Lignes directrices*, pt. 54, Paris 16 oct. 2007, CCC 2007, n°297, obs. M. Malaurie-Vignal, Paris, 18 avr. 2008, D. 2009, pan.2895, obs ; D. Ferrier, Déc. Cons. conc. n°06-D-24, 24 juill.2006, *Festina*.

67 Cf. déc. Cons. conc. n°06-D-24, 24 juill. 2006, *Festina*.

68 Cf. Déc. Cons. Conc. N°96-D-57, 1er oct. 1996.

69 Cf. TPICE 12 déc. 1996, aff. T-19-92, *Leclerc*, D. aff. 1997, p. 116, JCP, éd. E, 1997, 653.

souvent exigée, exigence conforme dès lors qu'elle correspond effectivement à cette image des produits. Ainsi, l'existence d'une « vitrine virtuelle » est également exigée dans la vente sur Internet (70). Lorsque, en revanche, l'existence d'une vitrine intérieure, par exemple dans une galerie commerciale ou dans un centre commercial, joue le rôle d'une vitrine extérieure, les autorités de concurrence considèrent que l'exigence de vitrine extérieure n'est alors plus justifiée (71).

De même encore, l'exigence de standing peut concerner le magasin lui-même, par exemple le fait que le magasin soit situé dans une zone commerciale particulière et point dans une autre, par exemple une zone réputée de produits de plus grande banalité, etc. Elle concerne également l'aménagement intérieur du magasin et notamment les critères de présentation des produits, les emplacements, le mobilier.

Plus complexe est la question de l'enseigne du point de vente, dans la mesure où le critère visant à permettre au fournisseur de vérifier que l'enseigne soit compatible avec le standing des produits ne doit pas aboutir à une exclusion a priori de certains commerçants et notamment des enseignes de la grande distribution (72). Il convient donc que la clause du contrat qui envisage cette restriction soit le plus objectif possible : la perception que les consommateurs peuvent s'en faire, via des enquêtes d'opinion par exemple.

Enfin les critères précisent également, le plus souvent l'ensemble des qualités attendues du distributeur et de son personnel. Ainsi, la sélection du distributeur peut dépendre de ses qualités professionnelles, pour autant qu'elles soient strictement nécessaires à la qualité de la distribution des produits. Il s'agit notamment des critères posés pour des produits de haute technicité, critères techniques alors, ou des produits de luxe, critères alors commerciaux. L'exigence consistant à imposer au personnel de suivre des stages de formation (payants) est

70 Cf. Versailles, 2 déc. 1999, CCC 2000, n°431, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 2001, somm. p. 299, obs. D. Ferrier.

71 Déc. Cons. conc. 96-D-57, préc.

72 Cf. TPICE 12 déc. 1996, aff. T-19-92, *Leclerc*, préc.

également valable dans les mêmes conditions dès lors que l'ensemble correspond, toujours, aux normes de distribution des produits : le conseil à la clientèle, le service après-vente ou des réparations par exemple, en fonction des produits et de la technique de commercialisation. Les limites posées sont celles correspondant aux exigences nécessaires pour la bonne commercialisation des produits.

33 Objectivité de l'application des critères. Dans la mesure où les critères possèdent de nature à opérer la part entre les situations de sélection et de non sélection, l'exigence systématiquement rappelée par les autorités de concurrence repose sur l'application objective des critères de sélection.

Il en résulte que les critères posés doivent être précis (*Cf. REC, n°330-2010, art. 1,e*), en sorte que des critères vagues et généraux ne suffiraient point, comme des critères se limitant à une « expérience professionnelle » ou technique, à la différence d'une exigence posée strictement, s'agissant d'une profession ou d'une technique déterminées, ou encore d'exigence en terme de « notoriété ou d'image de marque » du point de vente », ou encore de point de vente de « haute qualité », seraient insuffisamment précis.

34 Application uniforme et non discriminatoire. L'exigence de non discrimination suppose que les critères soient appréciés et appliqués de manière uniforme, et en toute hypothèse semblable pour l'ensemble des distributeurs. Cette exigence de similarité n'a pour conséquence que le fournisseur ne puisse disposer de critères de sélection différenciés pour ses produits, par exemple, dans le secteur de l'habillement, selon les gammes de ses produits ou selon leur degré de technicité (73). Par exemple, des critères distincts peuvent être posés pour la grande distribution et pour des magasins spécialisés ou encore pour les « stands » des grands magasins. En revanche, l'exigence de similarité se retrouve à l'intérieur de chaque critère.

73 Cf. déc. Comm.CE n°89-94, 2 déc. 1988, *Charles Jourdan*, n°94-29, 21 déc. 1993, *Grundig*, CCC 1994, n°31, obs. L. Vogel.

Cette question, depuis la suppression de la sanction spécifique du refus de vente en 1996 puis de la discrimination contractuelle en 2008, n'intéresse cependant que les hypothèses dans lesquelles les règles du droit de la concurrence sont susceptibles de s'appliquer, c'est-à-dire au dessus du seuil de 15% de parts de marché, s'agissant de l'application des règles nationales ou communautaires de concurrence dans leurs logiques propres.

Il en résulte alors qu'une application discriminatoire de ces critères, c'est-à-dire une application différenciées selon les distributeurs ne permet pas d'identifier une restriction de concurrence sanctionnable, du moins en l'absence de restriction caractérisée (74). Cette appréciation, strictement concurrentielle et donc fondée simplement sur des éléments d'analyse économique, suppose alors que l'on ne considère pas que la distribution sélective puisse se définir, *par nature*, comme un système fondé sur une application non discriminatoire de critères objectifs de sélection.

En revanche, au-delà de ces seuils, les exigences de non discrimination sont systématiquement poursuivies, par exemple s'agissant d'exigences qui aboutissent à écarter une forme déterminée de distribution (cf. supra), mais encore le fait d'imposer une condition nouvelle ou originale et non exigée d'autres distributeurs (75) ou une appréciation « laxiste » des critères pour certains distributeurs.

35 Application de critères quantitatifs. Si, en principe, les critères de sélection des distributeurs doivent reposer sur ces critères de nature *qualitative*, il n'en résulte pas, du fait d'une évolution déjà ancienne des règles nationales et communautaires, que des critères quantitatifs ne puissent être mis en œuvre par le fournisseur (76). Bien au contraire, la jurisprudence reconnaît le

74 Cf. Déc. Cons. conc. n°03-D53, 26 nov. 2003 et n°03-D-60, 17 déc. 2003.

75 Paris 22 nov. 1999, préc.

76 Cf. M. Chagny, Conditions de conclusion d'un contrat de distribution sélective quantitative, JCP, éd. E, 2005, 47.

caractère licite des critères quantitatifs (77). En droit communautaire, la jurisprudence a d'abord admis que la présence de critères quantitatifs pouvait justifier une exemption individuelle (78) puis en admettant que le fournisseur puisse poser de tels critères quantitatifs sans limite, en deçà de la limite des 30% des REC (79).

Cette reconnaissance aboutit d'ailleurs, en droit (communautaire) de la concurrence à admettre que ces critères quantitatifs n'ont pas être objectifs : ils doivent simplement exister et être précisément définis (80).

La question préjudicielle posée à la CJUE dans l'affaire « Jaguar-Land Rover » avait d'ailleurs également pour objectif de préciser la portée de ces critères quantitatifs, en tant qu'ils sont indépendants ou associés à des critères qualitatifs, en ce sens qu'ils pouvaient être librement retenus par le promoteur du réseau, dont la réponse, donnée le 14 juin 2012 (81) se pose en faveur de cette liberté d'établissement des critères quantitatifs. En d'autres termes, la position communautaire doit l'emporter, un système de distribution sélective, même quantitatif, ne suppose pas, pour sa validité que soient respectés les critères d'une sélection quantitative.

De même peut être considérée comme une clause aboutissant à une sélection qualitative, la clause de chiffre d'affaire ou encore

77 Y compris au temps où le refus de vente était pénalement sanctionné : Cass. crim. 3 nov. 1982, Bull. crim. n°238.

78 Déc. Comm. CE n°82-267, 6 janv. 1982, AEG-Telefunken.

79 Lignes directrices, pt. 185 et 186.

80 Cf. Paris 7 juill. 2007, inédit, où la Commission est intervenue comme *amicus curiae* pour préciser les conditions d'application du droit communautaire de la concurrence, Paris, 2 déc. 2009, inédit.

81 CJUE, 14 juin 2012, n°C-158/11, D. 2012, p. 2156, note D. Ferrier : « par les termes « critères définis » figurant à l'article 1^{er}§1, sous f), du règlement CE n°1400/2002 (...), il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément ».

la clause imposant la détention d'un stock minimum de produits ou d'assortiment de produits, licite pour autant qu'elle ne soit pas disproportionnée.

Plus complexe est la question de la répartition des points de vente en fonction de la densité de population, critère retenu par exemple, par les autorités administratives, pour l'établissement de pharmacies ou d'études notariales. Il convient en effet que cette technique de détermination des distributeurs soit suffisamment définies, par exemple l'information que, outre le respect des exigences qualitatives, le fournisseur autorisera un magasin par aire de population urbaine déterminée (82).

36 Proportionnalité entre les critères et l'objectif de commercialisation des produits. Enfin, outre l'exigence d'objectivité et d'absence de discrimination dans l'établissement des critères de sélection, les critères doivent reposer sur une logique de proportionnalité, en ce sens que les critères doivent être strictement nécessaires à une distribution des produits, selon leur nature ou la nature de la technique de commercialisation choisie par le fournisseur. Par exemple, serait disproportionnée, l'exigence que l'activité de vente des produits sous distribution sélective soit posée en terme d'objectif de chiffre d'affaires par rapport au reste de l'activité du distributeur. En revanche, la clause qui fixe un chiffre d'affaires minimum à réaliser, et qui est cohérente au regard de la taille du distributeur, ou bien qui correspond à un seuil de rentabilité au regard des investissements demandés, est licite (83).

C'est également en ce sens que l'exclusion *a priori* de formes déterminées de distribution est une exigence disproportionnée, comme le fut le cas de l'exigence de disposer d'une pharmacie d'officine pour distribuer des produits cosmétiques (cf. supra).

§ 3. – Appréciation des critères de sélection

82 Cf. cass. com. 28 juin 2005, n°04-15279, Bull. civ. IV, n° 139, RLDA 2005, n° 86, n° 5379, obs. S. Mear.

83 Cf. Paris, 15 sept. 1995, CCC 1995, n°202, obs. L. Vogel.

37 Refus d'agrément : exigence de motivation. La sélection négative aboutit à un refus d'agrément et, ce faisant, à un refus de vente. S'il est clair que les critères de sélection sont de la responsabilité, seule, du fournisseur, l'exigence d'objectivité qui s'attache à l'appréciation, concurrentielle, des critères de sélection, suppose que le rejet de la candidature d'un distributeur soit motivé, sur la base des exigences objectives posées, sans bien entendu qu'une part de subjectivité puisse être totalement éradiquée. C'est précisément la raison pour laquelle la jurisprudence exige d'une part que les critères soit accessibles et soient disponibles, dans un contrat, un contrat de distribution sélective, ou dans des conditions générales de distribution ou de vente.

En outre, l'appréciation des qualités du distributeur, sur la base des critères objectifs de sélection doit pouvoir être vérifiée. L'une des techniques couramment utilisée est le recours à des grilles d'évaluation ou des systèmes de notation, étant précisé que ces techniques d'appréciation peuvent ne pas être communiquées aux candidats distributeurs.

Cette liberté d'établissement des critères de sélection a en outre pour contrepartie l'obligation de motivation du refus d'agrément (84), concret et objectif, et correspondant aux critères posés. A l'inverse, il en résulte que le refus d'agrément, considéré comme non valable par exemple parce que discriminatoire, serait considéré comme invalide. La question se pose surtout pour les contrats à durée déterminée qui feraient l'objet d'un refus de renouvellement, hormis le cas d'une faute invoquée par le fournisseur (85), mais également de l'obligation, éventuellement sous astreinte, de procéder à l'agrément, cas rare d'exigence de poursuite ou de commencement d'une relation contractuelle (86). Il s'agit de l'une des questions les plus cruciales du droit des contrats, à savoir si l'exécution forcée d'un contrat, par exemple ici de distribution sélective, peut aboutir à une exécution forcée

84 Cass. com. 23 févr. 1993, CCC 1993, n°89, obs. L. Vogel.

85 Cass. com. 23 févr. 1993, préc.

86 Cf. Paris 22 nov. 1999, D. 2001, p. 300, note D. Ferrier, CCC 1999, n°179, obs. M. Malaurie-Vignal. Adde : R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby : *Lamy Droit économique*, 2003, n° 4540.

en nature, et donc imposer la conclusion du contrat ou bien forcer la perpétuation d'un tel contrat. Au-delà de la solution inverse retenue du point de vue des règles du droit des ententes, par exemple sur le fondement d'une injonction posée par l'autorité de la concurrence, la Cour de cassation retient la même solution depuis 2003 (87) : le distributeur qui respecte ces critères, s'ils sont licites, doit pouvoir bénéficier d'une exécution forcée en nature visant à la perpétuation du contrat ou être intégré au réseau (88). La seule façon de contraindre cette solution consiste alors à intégrer des critères quantitatifs visant à limiter le nombre de distributeurs et créer ainsi un *numerus clausus* dans le réseau.

38 Licéité du contrat ; charge de la preuve. Un refus d'agrément, outre le désordre contractuel individuel qu'il occure, emporte une discussion sur la question de la licéité du contrat, sur le fondement de l'application des règles du droit de la concurrence, pour autant toutefois que ces règles s'appliquent. De ce point de vue, c'est au fournisseur d'apporter la preuve que le régime de distribution sélective repose sur une logique structurée, définie et ce afin de rendre efficace le refus d'agrément opposé à un distributeur, ou encore pour agir contre un tiers qui se serait approvisionner en produits réservés au réseau de distribution sélective. Au cas où il envisagerait d'en gager une action contre un tiers, il devait même prouver, outre son existence, la licéité et l'étanchéité de son réseau.

Section 2. Efficacité du contrat de distribution sélective

§ 1. Efficacité du contrat de distribution sélective entre les parties

39 Obligations des parties. Le réseau de distribution

87 Cass. com. 14 janv. 2003, D. 2003, Somm. p. 2430, obs. D. Ferrier ; Cah. dr. entr., 2003, n° 3, p. 23, obs. J.-L. Respaud et 2003, n° 5, obs. D. Mainguy.

88 Cass. com. 21 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 271 ; D. 1998, somm. p. 340, obs. D. Ferrier.

sélective est établi sur la base d'un ensemble de contrats identiques ou voisins où on retrouve les obligations et contraintes propres aux contrats d'affaires.

Les deux principes obligations du contrat de distribution sélective, qui permettent de le distinguer d'autres formules contractuelles, sont d'une part, l'obligation à la charge du fournisseur de fournir le distributeur sélectif et d'autre part l'obligation faite au distributeur de respecter les critères de commercialisation et l'interdiction de vendre les produits à des distributeurs non sélectionnés.

D'une manière générale les contrats de distribution sélective sont des contrats d'adhésion, qui ne font l'objet d'aucune négociation ou d'une négociation limitée (89). Cela résulte tout à la fois de l'exigence posée en termes d'objectivité et de non discrimination des critères de sélection et de différence de puissance économique entre le fournisseur et le distributeur.

Les **obligations du fournisseur** s'apparentent à une obligation de fourniture exclusive : le fournisseur doit en effet approvisionner les seuls distributeurs ayant fait l'objet d'une sélection efficace, et non les distributeurs non sélectionnés. En revanche, cette exclusivité de fourniture ne repose pas sur un territoire associé à cette exclusivité.

Le fournisseur doit alors, outre ses obligations assez banales de fournisseur : livrer, assurer une publicité, entretenir l'image de marque du réseau – assurer aux distributeurs qu'ils seront les seuls à pouvoir effectivement distribuer ces produits, ce qu'on appelle parfois l'étanchéité du réseau et qui correspond aux relations que le réseau nourrit avec les tiers-revendeurs (*Cf. infra*, n°)

A l'inverse, si le distributeur doit naturellement respecter les critères de sélection, et supporter le contrôle réalisé par le fournisseur, lequel doit, en outre, assurer la police du réseau.

Ainsi, le fournisseur peut, et même doit, assurer un certain contrôle de la qualité de l'exécution du contrat, à travers la

89 Cf. déc. Cons.conc. n°02-D-36, 14 juin 2002 (sur le problème de savoir si les distributeurs sélectionnés, n'ayant pas participé à la négociation du contrat, étaient parties à l'entente illicite en présence de clauses anticoncurrentielles).

logique de *police du réseau*, avec la difficulté, pour lui, que ce contrôle ne devienne pas une immixtion dans les affaires du distributeur, notamment en cas de faillite de ce dernier. En outre, au regard des règles du droit de la concurrence, ce contrôle doit être proportionné au but recherché, à savoir assurer le respect des critères de sélection, de sorte que ce contrôle doit être approprié, et ne l'est pas, par exemple, à travers un contrôle continu de la comptabilité du distributeur. Ce droit de contrôle se mue en devoir à l'égard des autres distributeurs : le fait de ne pas sanctionner un distributeur sélectionné qui ne respecte pas ses obligations, et notamment qui viole son obligation de ne pas vendre à des distributeurs non sélectionnés, est en effet considéré comme une faute. Dès lors, les distributeurs sélectionnés peuvent engager la responsabilité du fournisseur, pour obtenir une injonction d'agir et mieux, peuvent agir eux-mêmes contre le distributeur indélicat (90), sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, eu égard au fait juridique que représente, pour eux, la violation du contrat conclu entre le fournisseur et le distributeur et auquel ils sont tiers.

Le **distributeur** doit également exécuter nombre d'obligations : les plus importantes aux yeux du fournisseur sont celles qui assurent l'étanchéité du réseau, l'obligation de ne pas vendre à d'autres que des consommateurs ou d'autres distributeurs sélectionnés. Dans la mesure où cette obligation est contrôlée par le mécanisme des restrictions caractérisées de l'article 4-d du REC n°330/2010 (91), via l'interdiction de l'interdiction des livraisons croisées, cette obligation est strictement appréciée. Ainsi, serait équivalente à une interdiction des livraisons croisées l'obligation d'insérer des étiquettes ou une mention sur facture indiquant « exportation interdite », de ne

90 Cf. Cass. com. 1^{er} juill. 2003, D. 2003, Somm. P. 2427, obs. D. Ferrier.

91 REC n°330/2010, art. 4, d) : « L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet (...) la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce (...) ».

pouvoir livrer que les distributeurs d'une certaine zone ⁽⁹²⁾ ou encore de limiter le nombre de produits qui pourraient ainsi faire l'objet de telles livraisons croisées. En revanche, la question se pose des limites de cette exigence de transparence « intermarque » et par exemple de la stipulation selon laquelle le distributeur sélectionné ne pourrait effectuer de livraison à des distributeurs sélectionnés situés hors de l'Union européenne, que la Commission considère comme valable ⁽⁹³⁾ sous la réserve de la démonstration d'un effet anticoncurrentiel dans l'Union européenne.

Il s'agit également de celles qui assurent l'efficacité du contrat : les obligations d'acquérir des produits nouveaux, de réaliser un chiffre minimum de vente, d'assurer une démonstration... Enfin s'ajoutent des obligations relatives à la revente : obligation de réaliser un nombre minimum de revente, obligation de chiffre d'affaires ⁽⁹⁴⁾, avec la difficulté liée à l'identification d'une « quasi-exclusivité » ouvrant le champ de l'application de l'article 5-c du REC n°330/2010, obligation de service-après vente, obligation de conseil, obligation de démonstration, de réparation, etc.

Rien, dans ces obligations, n'est affecté par un contrôle particulier de concurrence, à l'exception de la clause qui interdirait des « livraisons croisées ».

En outre, et comme pour les autres contrats de distribution, le REC n°330/2010 n'exempte pas les obligations de non-concurrence applicables pendant le contrat, ou clauses d'exclusivité, qui sont en principe étrangères à la distribution sélective, mais encore les clauses de non concurrence post-contractuelles dans la mesure où elles sont exemptées lorsqu'elles sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur au distributeur et qu'elles sont limitées à un an à compter de l'expiration du contrat, le premier critère excluant leur présence.

Enfin, en vertu de l'article 5, a) du REC, l'exemption prévue à

92 Cf. Déc. Cons.conc. n°07-D-24, 24 juill. 2007, *Leonidas*.

93 Cf. Déc. Comm.CE 28 oct. 1970, *Omega*, JOCE, L.242, 5 pt.5.

94 D'ailleurs, la clause, très fréquente, selon laquelle les livraisons croisées ne sont pas comptées dans la réalisation des minimas est régulière (Comp. CJCE, 21 févr. 1984, *Hasselbald*, REC. CJCE, I, p. 883.

l'article 2 ne s'applique pas à l'obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Plus complexe est la question des prix de revente minimum imposé. Si en effet, le revendeur doit pouvoir être libre de déterminer ses prix de revente, tant au regard du droit que du droit communautaire de la concurrence, il en résulte que, en principe, une obligation aboutissant, directement ou indirectement, à une telle imposition de prix serait une restriction caractérisée. Or, ce type de contrat incite très largement à de telles pratiques en raison des types de produits qui sont vendus, des produits de luxe ou de haute technicité le plus souvent. Dès lors la fixation de prix de revente haut aboutit à assurer au distributeur une marge confortable, valide le positionnement marketing de ces produits et, indirectement, aboutit à limiter les reventes parallèles ou plus exactement à les débusquer dans la mesure où ils auront naturellement tendance à pratiquer des prix bas, ne serait-ce qu'en raison de la faiblesse de leurs coûts de structure, comparés à ceux d'un distributeur sélectionné. Pendant longtemps ces justifications ont semblé inacceptables jusqu'à un revirement de la jurisprudence américaine qui, en boomerang, a abouti à l'assouplissement de la considération des restrictions caractérisées dans le REC n°330/2010 qui permettrait d'obtenir une exemption individuelle, considération encouragée d'ailleurs par les lignes directrices (*Lignes directrices, pt. 225*), par exemple au moment du lancement d'un nouveau produit.

En revanche, rien n'interdit de pratiquer des prix maximum autorisés, de conseiller des prix, sous la réserve, absolue, du respect de la liberté des prix par le distributeur, ou encore de limiter les promotions, les rabais, les remises, les soldes, etc., du moins si le fournisseur peut démontrer que de telle pratiques seraient incompatibles avec le prestige des produits (95).

40 Rupture du contrat de distribution sélective. Comme n'importe quel contrat, le contrat de distribution sélective peut

95 Cf. Paris, 9 déc. 1992, D. 1995, Somm. P. 81, note D. Ferrier.

être rompu, qu’il s’agisse d’un contrat à durée indéterminée ou, à durée déterminée, via le non renouvellement de ce contrat. Toutefois, et à la différence autres contrats endroit français, tant que le distributeur respecte les critères de sélection posés par le fournisseur, cette rupture doit être tenue en échec, à moins qu’elle ne soit justifiée, ou bien par le constat que ces critères ne sont plus respectés, ou bien une faute du distributeur, le refus d’assurer une prestation à la clientèle, la réalisation de promotions dans des conditions interdites par le contrat, la vente de produits interdits ou non authentiques, etc. On peut alors en conclure que la rupture d’un tel contrat doit certainement être motivée, là encore par opposition avec l’ensemble des règles applicables au commun des contrats.

Les effets de la rupture se présentent alors de manière banale : interdiction de vendre les produits contractuels, restitution des mobiliers et du stock en présence d’une clause à cet effet, interdiction d’utiliser le logo et les signes distinctifs du fournisseur, etc.

§ 2. Efficacité du contrat de distribution sélective à l’égard des tiers.

⁴¹ **Distribution parallèle.** – Il est clair que la distribution sélective réserve des produits convoités par les commerçants non sélectionnés, alors même que le contrat, et son principe, réserve les produits au réseau et interdit aux distributeurs sélectionnés de vendre à des tiers autres que les consommateurs finals ou à d’autres distributeurs sélectionnés.

L’hypothèse dans laquelle un revendeur tiers dispose de produits réservés au réseau est donc une anomalie résultant soit de la violation par un distributeur sélectionné de ses obligations soit d’un laxisme du fournisseur.

En toute hypothèse, une telle situation de ventes parallèles à un réseau manifeste une « fuite » démontrant que l’« étanchéité » du réseau n’est pas assurée.

Dans cette situation, la jurisprudence décide que le fait d’acquérir et de revendre des marchandises dont la commercialisation est contractuellement réservée à certains

distributeurs ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale (96) de sorte que le distributeur parallèle, le « *passager clandestin* », le « *free rider* » n'a pas à prouver que son approvisionnement est lui-même licite : il n'a pas, par exemple à prouver que son propre vendeur s'est approvisionné licitement (97), sauf hypothèse de fraude (98).

L'outil de lutte, pour le fournisseur, contre de telles ventes parallèles, repose sur les mécanismes de la concurrence déloyale, or la faute à l'origine de la déloyauté ne résulte pas de la commercialisation de produits réservés au réseau, solution qui, si elle avait été retenue aurait rendu la preuve de cette faute très aisée.

Toutefois, une telle déloyauté peut être envisagée sur la base de l'irrégularité de l'approvisionnement par le tiers revendeur, notamment sur le fondement de la tierce complicité, par le tiers revendeur, de la violation contractuelle de ses obligations par le distributeur agréé (99). Le tiers peut alors être sanctionné sur le fondement de la théorie de la tierce complicité de la violation d'un contrat : le fait de s'approvisionner auprès d'un distributeur agréé engage sa responsabilité car il a participé à la violation, par ce dernier, de ses obligations.

D'ailleurs un texte particulier, l'article L. 442-6, I, 6° du Code

96 Cf. Cass. com. 16 févr. et 12 juill. 1983, D. 1983.489, note D. Ferrier ; Cass. com. 13 déc. 1988, Cass. com. 10 janv. et 10 mai 1989, D. 1990. Somm. 104, obs. C. Gavaldà et Cl. Lucas de Leyssac ; CJCE 15 févr. 1996 Nissan France, CCC 1996, n°43, obs. L. Vogel, Com. 9 juill. 1996, D. 1997, somm. P. 56, obs. D. Ferrier Cass. com. 30 janv. 2001, CCC 2001, n°89, obs. M. Malaurie-Vignal, Cass. com. 6 mai 2003, CCC 2003, n°159, obs. M. Malaurie-Vignal, LPA, 15 juin 2004, p. 14, note E. Baccichetti et J.-Ph. Dom.

97 Cf. Cass. com. 25 avr. 2001, Bull. civ. IV, n°77, CCC 2001, n°108, obs. L. Leveneur à propos de l'approvisionnement de revendeurs automobiles non concessionnaires ayant acquis des véhicules de sociétés de location ; Cass. com. 19 oct. 1999, CCC 2000, n°6, obs. M. Malaurie-Vignal ; Cass. com. 10 févr. 1998, CCC 1998, n° 61, obs. L. Leveneur.

98 Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, Bull. Civ. IV, n°322, 330, 332.

99 Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, D. 1992.505, note A. Bénabent ; adde : G. Bonet et J.-M. Mousseron, Donner et retenir ne vaut II, JCP, éd. E, n° sp. Cah. dr. entr. 1993/1, p. 23.

de commerce considère qu'est une faute le fait de « participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence », rendant donc illégale la tierce complicité de la violation d'un contrat de distribution sélective.

La question de l'approvisionnement irrégulier par le tiers peut également être traitée par le fournisseur. Il suffit en effet au promoteur du réseau de démontrer que l'approvisionnement a été illicite pour démontrer que la revente est irrégulière et ce faisant est un acte de concurrence déloyale.

Le fournisseur n'a d'ailleurs pas besoin de démontrer par ailleurs l'étanchéité de son réseau et, il lui suffit d'établir l'irrégularité de l'approvisionnement. Ce peut être le cas de l'utilisation par le tiers revendeur d'une société écran ou utilise une fausse identité, par exemple celle d'un distributeur sélectionné, et même d'avoir acquis les produits lors d'une vente aux enchères publiques par exemple si un distributeur sélectionné a été placé en liquidation judiciaire.

L'une des techniques utilisées par les fournisseurs prudents consiste à marquer les produits pour identifier les destinataires, réguliers, des produits (100). Dès lors le fait de retrouver de tels produits chez un tiers suffit à établir l'irrégularité de l'approvisionnement, sur la base d'une telle présomption de faute. En outre, le fait d'ôter ces marques ou bien de les recouvrir, d'altérer les codes ou les marquages et également considéré comme un acte de concurrence déloyale (101).

Il peut même parvenir à engager une telle action même sans avoir à apporter cette preuve, il suffit que le distributeur parallèle refuse de livrer ses sources d'approvisionnement pour que la revente soit considérée comme un acte de concurrence déloyale, ce depuis une série d'arrêts importants de 1992, dite « *jurisprudence des parfumeurs* » dans la mesure où elle concernait la violation de

100 Cf. Cass. com. 10 mai 1994, CCC 1994, n°158, obs. L. Leveneur.

101 Cf. Cass. com. 19 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 157, JCP, éd. 1998, cah.dr.ent. 1998, n°5, p. 244, obs. D. Mainguy.

réseaux de distribution sélective de produits de parfumerie de luxe : « *L'achat de marchandises dans des conditions dont l'illicéité ou le caractère frauduleux est révélé par le refus de justifier leur provenance constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale* » (102). Le mensonge ou la rétention d'information constitue, alors un aveu de l'irrégularité de l'approvisionnement, qui ne peut être combattu qu'en démontrant que l'approvisionnement a été régulier, dans la mesure où le principe demeure : l'acquisition ou la revente de produits réservés à un réseau de distribution n'est pas, en soi, un acte de concurrence déloyale. Une telle hypothèse révèle, alors, la mauvaise organisation contractuelle du réseau ou la présence de « fuites », éventuellement organisées par le fournisseur lui-même.

Plus délicate est la voie empruntée, un temps, dans le domaine du droit des marques ou de la publicité trompeuse. Le distributeur parallèle peut en effet encourir des sanctions pénales pour publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, notamment lorsque le distributeur parallèle commercialise le bien alors qu'une mention sur le conditionnement précise que sa distribution est réservée à des distributeurs agréés de sorte qu'il laisse entendre qu'il est lui-même un distributeur agréé (103). Aucune automaticité toutefois : le fait que le distributeur parallèle ne se prétende pas distributeur sélectionné exclut cette incrimination, pour autant d'ailleurs que la mention l'engage (104).

Le distributeur parallèle pourrait également encourir les peines prévues par le délit d'usage illicite de la marque d'autrui sans son consentement (CPI, art. L. 716-9), c'est-à-dire d'un dérivé du délit de contrefaçon de marque, utilisé comme tel ou comme acte

102 Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, préc.; Cass. com. 9 avr. 1996, D. 1997. Somm. 26, obs. D. Mazeaud. Mais le revendeur n'a pas à prouver la régularité de l'approvisionnement de son propre vendeur : Com. 19 oct. 1999, préc.

103 Cass. com. 21 juin 1994, Bull. Civ. IV, n°235.

104 Cf. Cass. crim, 15 mars 1990, Bull. crim. 119, Cass. com. 26 janv. 1999, Bull. Civ. IV, n° 29, D. 1999, Somm. 242, obs. Omarjee.

de concurrence déloyale (105). Pourtant, ici encore, l'action n'est pas certaine : le délit n'est pas constitué si le distributeur hors réseau utilise la marque dans une logique transfrontière. En droit de la propriété industrielle, en effet, la notion d'importation parallèle est très voisine, elle vise le fait, pour un opérateur, d'introduire des produits objets d'un droit de propriété intellectuelle sur le territoire d'un Etat alors qu'une autre personne est chargée d'assurer la commercialisation de ces produits sur cet Etat. La théorie communautaire (106) de l'épuisement des droits de marque (107) (en matière de marque : CPI, art. L. 713-4) issue de l'interprétation des articles 34 et suivants TFUE, le second limitant, en matière de droits de propriété industrielle, le principe de libre circulation des marchandises promis par le premier, assure une limite importante à l'efficacité d'une action en contrefaçon. Le droit d'interdire une utilisation non autorisée, c'est-à-dire, d'agir en contrefaçon,

105 Cf. C. Le Stanc, Protection des réseaux de distribution sélective et contrefaçon de marque, JCP éd. E, 1991, Cah. dr. entr. 1991/3, p. 23 ; J.-J. Burst, La protection de la distribution sélective par l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale, JCP éd. E, 1991, Cah. dr. entr. 1991/1, p. 35, Ch. Vilmart, Parfums de luxe et grands whiskies, les droits de propriété intellectuelle contre les importations parallèles, JCP 1998, éd. E, p. 1821, J. Raynard, Droit des marques et réseau de distribution sélective devant la CJCE, Prop. Industr. 2003, p. 10.

106 La jurisprudence ne reconnaît pas, en revanche, de théorie internationale de l'épuisement du droit de marque : Cf. CJCE, 16 juill. 1998, *Silhouette*, préc. CJCE, 12 sept. 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, Europe 2006, n°333, obs. L. Idot. Adde Cass. crim., 16 déc. 2003, Bull. crim. n°247, Paris, 19 janv. 2005, Comm. Com. électr. 2005, n°157, obs. C. Chabert.

107 F. Gotzen, La libre circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle dans la CEE, RTD com. 1985, p. 465 ; U. Schatz, Epuisement des droits conférés par les brevets et contrefaçon, RTD eur. 1969. p. 449, B.Castell, L'épuisement du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire, PUF 1989, G. Bonet, L'épuisement des droits de propriété intellectuelle dans la CEE », comm. in L'avenir de la propriété intellectuelle, Coll. IRPI Litec 1993, Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires », RJDA 1993, p. 173. Adde : D. Mainguy, Les opérations du commerce international, in J. Béguin et M. Menjucq (dir.), Traité de droit du commerce international, 2è éd. Litec, 2011, sp. n°866.

« s'épuise » par la mise dans le commerce du produit si celle-ci est licite. Le mécanisme interdit cette poursuite (108) mais en raison des conditions de la distribution de produits marqués, par lesquelles le distributeur se présente sous une marque donnée (109). La jurisprudence avait proposé des solutions divergentes sous l'empire des règles prévalant en droit des marques avant la loi de 1991. Or, depuis 1991 elle distingue l'usage d'une marque authentique et l'usage d'une marque reproduite, de sorte que l'usage de marque illicite peut vraisemblablement être reproché à celui qui commercialise des produits marqués en violation d'un réseau de distribution, sous réserve cependant de l'application de la théorie de l'épuisement du droit de marque : « *le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la CEE sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement* » (110), ce qui suppose donc une mise dans le commerce par le titulaire de la marque ou avec son consentement. L'hypothèse de l'évanouissement de produits après leur mise en circulation et leur acquisition, leur importation ou leur revente par un distributeur non autorisé ne constitue

108 Cf. Cass. crim. 18 mai 1987 et 24 févr. 1987, D. 1987, p. 558, note G. Parléani, Cass. crim. 16 nov. 1992, Bull. crim. n°376, D. 1995, Somm. p. 83, obs. D. Ferrier.

109 Cf. F. Pollaud-Dulian, Droit de la propriété industrielle, Montchrétien, 1999, n°1403.

110 Et cf. CJCE, 20 mars 1997, aff. C. 352/95, (*Phyteron International BV c/ Bourdon*), Rec. I, p. 1740, CJCE, 16 juill. 1998, *Silhouette*, aff. C-355/96, Rec., I, p. 4799, PIBD 1998, 662, III, 483, D. aff. 1998, p. 1592. Le consentement doit alors s'observer pour chaque produit, et non pour une catégorie de produits : CJCE, 1^{er} juill. 1999, *Sebago*, Rec. CJCE, I, 4103. Le consentement peut par ailleurs être tacite, en ce sens qu'il n'a pas besoin d'être expressément exprimé mais s'il résulte des circonstances que l'importateur parallèle doit d'ailleurs établir : CJCE, 20 nov. 2001, aff. C. 414 à 416 (*Zino Davidoff et Levi Strauss*), Rec. I, 8691. Le consentement doit en outre être certain : CJCE 8 avr. 2003, *Van Dongen*, Rec. I, 3051 ; Cass. com. 15 mai 1990 (*Prince*), PIBD 1990, 489, III, 679 ; Cass. com. 26 janv. 1999, D. aff. 1999, p. 343. V. aussi Cass. com. 9 févr. 1999, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 16, p. 16 (acquisition d'un stock de mauvaise foi en sachant que le vendeur s'était engagé à restituer en fin de contrat). Adde : Ch. Vilmart, Parfums de luxe et grands whiskies, les droits de propriété intellectuelle contre les importations parallèles, JCP 1998, éd. E, p. 1821

donc évidemment pas un usage illicite de la marque. Tout autre est alors l'hypothèse où ces conditions ne sont pas rassemblées, par exemple en cas de vente dans des conditions incompatibles avec l'image du produit (111).

Pour conclure sur ce point, les règles en la matière tolèrent largement le distributeur parallèle (112) mais sanctionnent les hypothèses dans lesquelles celui-ci participe à la violation des engagements pris par les distributeurs sélectionnés (113), sur le fondement de la tierce-complicité d'un contrat, hypothèse aujourd'hui consacrée en droit commun des contrats et appliquée au cas particulier des contrats de distribution (114), solution confortée par l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce. L'action en concurrence déloyale est alors en ces hypothèses une action en tierce complicité d'un membre du réseau qui méconnaît ses obligations contractuelles. Il est alors important dans un éventuel contentieux de caractériser un tel manquement.

CHAPITRE 3. – LE CONTRAT DE CONCESSION EXCLUSIVE

42 Définition du contrat de concession. Exclusivité réciproque. Le contrat de concession commerciale, appelé aussi concession exclusive, est un contrat-cadre par lequel le titulaire

111 Cf. CJCE 4 nov. 1997, *Dior*, aff. C 337-95, Rec. 6013.

112 Cf. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°623.

113 Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, préc. Cass. com. 25 avr. 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 108, obs. L. Leveneur, à propos de l'approvisionnement de revendeurs automobiles non concessionnaires ayant acquis des véhicules de sociétés de location; Cass. com. 19 oct. 1999, CCC 2000, n° 6, obs. M. Malaurie-Vignal; Cass. com. 10 févr. 1998, CCC, 1998, n° 61, obs. L. Leveneur.

114 Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, Bull. civ. I, n°246, D. 2001, p. 952, note M. Billiau et J. Moury, Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1999, Bull. civ. I, n° 32, D. 1999, somm. p. 263, RTD civ. 1999, p. 405, obs. P. Jourdain : « le contractant, victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat peut demander, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable »

de signes distinctifs, appelé concédant, s'engage à fournir exclusivement sur un territoire déterminé son cocontractant, appelé concessionnaire, lequel, en retour, s'approvisionnera exclusivement chez le concédant avec pour objectif de revendre ces produits dans le territoire concédé (115). Ce type de contrat est très utilisé dans la distribution des automobiles en premier lieu mais aussi des motos, du matériel agricole.

Le terme « concession » est emprunté au vocabulaire juridique du droit public : le fabricant « concède » au revendeur le droit de revendre ses produits sous sa marque. Concession commerciale, concession de vente, peu importe la formule, elle fait appel à la question de l'inégalité économique entre les parties. L'expression était d'ailleurs si utilisée qu'on faisait, un temps, la distinction entre la concession exclusive, qui nous occupe ici, et la concession « libre » correspondant à la formule de la distribution sélective ou agréé (116).

Le contrat était antérieurement désigné comme contrat de « vente à monopole », en ce sens que le revendeur bénéficiait, sur un territoire déterminé, du monopole de la revente des produits du fabricant (117).

En revanche, le type de contrat ainsi désigné est nommé « distribution exclusive » par les normes communautaires (*Lignes directrices, pt. 161*).

Ce type de contrat permet en effet d'associer les compétences d'un industriel, d'un fabricant, à celles d'un réseau organisé de commerçants spécialisés, les distributeurs, par une forme de maillage du territoire sans bien entendu que ces seules relations soient couvertes par ce type de contrat.

Le contrat de concession est d'abord un *contrat-cadre* de sorte

115 Cf. Cl. Champaud, La concession commerciale, RTD com. 1963. 451 ; Ph. le Tourneau, La Concession commerciale exclusive, Jur.-class. Contr. distr. fasc.1030 et s. Les contrats de concession : Litec Professionnels, 2e éd. 2010 ; J. Guyenot, Les contrats de concession commerciale en droit français et communautaire, Sirey 1968.

116 Cf. Ph. Le Tourneau, Concessions, J.-Class. Contrats, distribution, Fasc. 1010, 2009, n°30.

117 Cf. P. Jeancours-Galignani, La vente commerciale dite vente à monopole, Th. Paris, 1942.

qu'il encadre les conditions de la conclusion de multiples contrats de vente entre les parties.

Il est également un contrat empreint d'une *exclusivité réciproque* s'imposant tant du côté du fournisseur sous la forme d'une exclusivité de fourniture territoriale assurant un monopole de revente au distributeur, que du côté du distributeur, sous la forme d'une exclusivité d'approvisionnement (118). Le concédant accorde au concessionnaire le droit de revendre ses produits sur un territoire déterminé. Le concessionnaire s'engage à s'approvisionner chez le concédant, tout en acceptant de se soumettre à de nombreux contrôles et devoirs. Le contrat comporte une licence de marque et un prêt d'enseigne ; il porte sur des produits, la vente de produits.

Il est ensuite un contrat de *concession* dont le titre n'était finalement pas mauvais : le fournisseur abandonne en quelque sorte sa faculté de vendre seul sa production et accorde au distributeur un monopole de revente. Il convient donc que le contrat contienne une détermination précise du territoire concédé, étant entendu que les territoires voisins le sont également, vraisemblablement, ce qui n'est pas sans poser des difficultés de frontière que le contrat de concession doit envisager, sous le contrôle sévère des règles du droit de la concurrence.

Quand bien même le contrat de concession exclusive serait un contrat de « dépendance économique », il demeure inscrit dans la catégorie des contrats de collaboration, ici de spécialisation. En effet, les intérêts, éventuellement antagonistes, des parties, sont partagés le temps de l'exécution de ces contrats : la création d'une clientèle, sa fidélisation, son exploitation, qui est finalement l'objectif de la relation contractuelle (119).

Ce contrat est ignoré par le législateur, contrairement à certains droits étrangers, rares il est vrai, notamment en Belgique et aux États-Unis. De nombreuses propositions ont été déposées

118 D'ailleurs, hors de cette exclusivité réciproque, il n'y pas de concession, pour la jurisprudence (par ex : Paris, 24 sept. 1990, D. 1990. 224) mais contra : F. Collard-Dutilleul et Ph. Delebecque, n° 935 s.

119 S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution, Litec, 2002.

au Parlement pour doter les concessionnaires d'un statut juridique sans qu'aucune n'ait jamais abouti (120). La doctrine ne s'empresse d'ailleurs pas de proposer une telle réglementation, d'abord par crainte que l'intervention législative ne crée un nouveau statut particulier qui s'ajoute aux nombreux autres mais aussi parce qu'elle estime que la protection qu'apporterait un texte spécial serait probablement un leurre dans la mesure où il suffirait aux concédants de recourir à une forme de contrat innomé et probablement inédite, voire pourraient assumer eux-mêmes la distribution de leurs produits (121). Enfin, le droit actuel assurerait une protection suffisante et une telle réglementation devrait sans doute être réalisée au niveau européen.

43 Utilité du contrat de concession. Le recours des contrats de distribution exclusive se retrouve essentiellement pour des produits de marque, de luxe ou de haute technicité, exactement comme pour le recours à la formule de la distribution sélective.

Le fabricant recourt à cette formule pour les même raison d'ailleurs, afin d'identifier des distributeurs aptes à donner des conseils aux consommateurs, à installer les produits, à assurer des démonstrations, un service après-vente, etc, de telle manière que la spécialisation des activités, fabrication d'une part, et de distribution d'autre part, soit parfaitement réalisée : le fabricant se charge de la production, de la fabrication, du choix des produits, de la sélection des revendeurs et de la police du réseau. La différence avec la formule de la distribution sélective repose sur le fait que le revendeur dispose d'une zone géographique définie, large, et exclusive, dans laquelle il peut concentrer ses efforts pour assurer les conditions optimales de la revente des produits. En effet, le distributeur est ici protégé contre la désignation de voisins membres du réseau, et concurrents, il

120 V. L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, n° 48 s. ; S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Étude particulière aux contrats de distribution, préc. n° 7 bis., F.-X. Licari, La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, Litec 2002, p. 622.

121 Rép. min. n° 30111 : JOAN Q, 19 sept. 1983, p. 4024.

bénéficie d'un approvisionnement sûr et garanti, de sorte que les investissements qu'il est conduit à réaliser, souvent du fait de la conclusion du contrat. Le consommateur, de son côté, est certain de pouvoir bénéficier d'un distributeur disposant des produits du fabricant, d'un distributeur spécialiste de ces produits, de leur vente et de leur service après-vente qui lui est associé.

En revanche, cette technique a pour principal inconvénient de réduire sensiblement l'offre du fournisseur et le choix des consommateurs, dans la mesure où le nombre de distributeurs est nécessairement et volontairement restreint à des zones de chalandises suffisamment larges pour que le consommateur ne puisse, utilement, réaliser une comparaison entre les prix proposés par les distributeurs. En outre, l'exclusivité de marque conduit le distributeur à ne distribuer que les produits du fabricant de sorte que le consommateur ne peut pas non plus, chez le distributeur, comparer les prix et les produits de différents fabricants.

D'un point de vue concurrentiel, il en résulte que la concurrence intermarque, réalisée par la cohérence du réseau, qui est sans doute maximisée est contrebalancée par la réduction de la concurrence intramarque : la distribution exclusive restreint la concurrence où elle permet de la développer.

44 On retrouvera ici des remarques sur la validité du réseau (Section 1), dont la difficulté est nettement moindre que pour la formule de distribution sélective et sur son efficacité (Section 2).

Section 1. – La validité du contrat de distribution exclusive

§ 1. Validité du point de vue des pratiques restrictives de concurrence

45 Les pratiques restrictives de concurrence sont le vestige des règles qui assuraient la police de l'économie, envisagées indépendamment des incidences sur la concurrence de ces pratiques, de l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques. Adoptées depuis l'ordonnance de 1945, elles avaient, et ont toujours,

vocation à régler des situations de distribution particulières, comme l'interdiction du refus de vente, qui empêchait les entreprises de la distribution par regroupement d'accéder aux tarifs de gros des fabricants ou des prix imposés de revente, qui créaient à un obstacle, dans les formules de distribution sélective et exclusive, à la liberté de fixation des prix de revente.

46 Interdiction des prix imposés de revente. Le concessionnaire, en tant que commerçant indépendant, doit pouvoir être en mesure, en toute liberté, de déterminer le prix de revente de ses produits, c'est-à-dire de s'attribuer la marge bénéficiaire qu'il souhaite. En pratique, cette liberté est purement formelle et « juridique », soit parce qu'il est possible, en amont, que le fabricant cherche à confisquer cette marge, en l'empêchant de « *pratiquer des prix concurrentiels* » (122). D'autre part, si les prix imposés sont interdits, les prix conseillés restent licites.

Ainsi, l'article L. 442-5 du Code de commerce incrimine le fait pour toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service, ou à une marge commerciale. Le texte, à la différence du refus de vente ou des discriminations contractuelles, n'a ni été dépénalisé en 1986 ni supprimé, à la faveur des lois récentes (1996 et 2008). La sanction pénale demeure, ainsi que la sanction civile, via la nullité du contrat, qui est associée au caractère d'ordre public de cette disposition (123).

La pratique de prix imposé est en outre sanctionnée indépendamment de la manière dont il peut l'être lorsqu'il constitue une pratique anticoncurrentielle (TFUE, art. 101 §1, C. com., art. L. 420-1) (124).

Les contrats de concession sont passés entre des commerçants

122 Cass. com., 3 mai 1992, Sté BP c/ Huard : JCP G 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; Bull. civ. 1993, IV, n° 338 ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. Mestre. – Comp., T. Revet, Les apports au droit des relations de dépendance : RTD com. 1997, p. 37 s.

123 Cf. Paris, 17 janv. 1995, D. 1997, Somm. p. 63, obs. D. Ferrier.

124 J.-M. Vertut, Communications en matière de prix de revente et droit de la concurrence, CCC, 2000, chron. n° 15, p. 4 s.

juridiquement indépendants qui se trouvent à de niveaux économiques différents. Dans ces relations verticales, il n'est pas possible de les priver de la possibilité de déterminer librement le prix de vente à leur clientèle (125).

En pratique, les clauses imposant un prix sont relativement rares en la matière (126) de sorte que ce sont essentiellement des formes dérivées d'« imposition » de prix qui sont observées, des prix minimum conseillés de revente ou des prix maximum de revente, valables pour autant qu'elles ne conduisent pas à un prix minimum dans la mesure où de tels prix permettent d'assurer l'homogénéité du réseau (127) ou d'autres formes de clauses voisines. Ainsi, les « clauses de prix plancher » sont prohibées (128), les clauses de « fourchette de prix » (129) et toutes les clauses qui aboutissent, de près ou de loin à un résultat voisin (130). Les

125 Cf. Déc. Cons. conc. n°91-D-22, 14 mai 1991.

126 Cf. M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution : LGDJ, 1999, n° 1106. Cf. dans un contrat de distribution sélective : Cass. com., 10 juill. 2008, n° 07-17276, CCC 2008, n°236, obs. G. Decocq (et sur renvoi), Paris, 10 nov. 2009, CCC 2010, n°17, obs. G. Decocq.

127 Cass. com., 12 janv. 1999, n° 97-13.125, CCC 1999, n°42, obs. M. Malaurie-Vignal ; Dec. Cons. conc. n° 94-D-60, 13 déc. 1994, Secteur des lessives, CCC 1995, n°85, obs. L. Vogel, n° 07-D-04, 24 janv. 2007, Jeff de Bruges, CCC 2007, n°70, obs. M. Malaurie-Vignal.

128 Cass. crim., 25 juin 1979, JCP éd. CI, 1981, II, 13609, note J.-H. Robert Paris, 26 juin 2007, Journ. des sociétés févr. 2008, p. 64, obs. M. Chagny (appel sur Déc. Cons. conc., n° 06-D-04 bis, 13 mars 2008).

129 Cf. Montpellier, 20 mars 1991, BID 1991, n° 37, Paris, 18 sept. 2001, LPA 1er nov. 2001, n° 218, p. 8, obs. P. Arhel, Déc. Cons. conc., n° 07-D-48, CCC 2008, n°49, obs. D. Bosco.

130 Prix de revente minimum fixé par l'intermédiaire des accords de coopération commerciale : Déc. Cons. conc. n° 03-D-45, 25 sept. 2003, Secteur des calculatrices, CCC 2004, n°7, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2004, 70, p. 83, note P. Arhel ; JCP E 2004, Cah. dr. entr. 2004, n° 3, p. 38, obs. D. Mainguy (en appel) Paris, 20 nov. 2007, CCC, 2008, n° 20, obs. M. Malaurie-Vignal. Refus de livrer : Cass. crim., 31 oct. 2000, JCP E 2001, Cah. dr. entr. 2001, n° 4, p. 28, obs. D. Mainguy ; CCC 2001, n°73, obs. M. Malaurie-Vignal). Résiliation du contrat de distribution ou injonctions de se conformer à une politique de prix uniforme (Paris, 13 déc. 2001, LPA 22 janv. 2002, n° 16, p. 23 obs. P. Arhel, Déc. Cons. conc., n° 00-D-85, 20 mars 2001, LPA 22 janv. 2002, n° 16, p. 21, obs. P. Arhel). Ristournes ou remises définies de manière non objective (Cass. crim., 30 nov. 1992, n° 91-

prix de revente peuvent en outre être conseillés : le fait pour un concédant de recommander des prix n'est pas sanctionné comme une restriction de concurrence (131). Le concédant peut adresser des listes de prix indicatifs (132) ou bien interdire des promotions ou des pratiques de discount permanentes pour autant que sa liberté de fixer les prix soit présente et réelle (133).

D'une manière générale, une imposition indirecte de prix, ou des prix conseillés, sont sanctionnés dès lors que la pratique ou la clause aboutit à donner un caractère obligatoire aux prix conseillés (134).

En revanche, cette interdiction des prix imposés de revente n'est pas unanimement admise en doctrine. Ainsi, certains considèrent que des prix minima devraient pouvoir être fixés dans certaines hypothèses, par exemple pour assurer le lancement et la promotion de nouveaux produits dont le positionnement, en termes de prix, doit faire l'objet d'une information particulière pour le consommateur, alors que le distributeur doit ou bien réaliser des investissements spécifiques ou bien concentrer une partie de ses efforts à ce lancement. Ce peut être également le cas afin d'éviter des pratiques de parasitisme ou bien des situations de « double marge » (135). En outre, le changement d'appréciation de la jurisprudence américaine fondée sur une analyse de la règle de raison a conduit à ne plus apprécier les pratiques de prix imposés comme une

83.707, Bull. crim. 1992, n° 396, Cass. crim., 12 oct. 1993, RJDA 1994, n° 57, Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-16.485, CCC 2008, n°163, obs. M. Malaurie-Vignal.

131 Paris, 28 nov. 2000, LPA 11 avr. 2001, n° 72, p. 13, obs. P. Arhel (pour un contrat de distribution sélective), déc. Cons. conc. n° 07-D-04, 24 janv. 2007, Jeff de Bruges, préc. (pour un contrat de franchise).

132 Cass. com. 12 oct. 1993, n°91-17983, RJDA 1994, n° 57.

133 Paris, 9 déc. 1992, CCC 1993, n°8, obs. L. Vogel, D. 1994, somm. p. 168, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac.

134 Cass. com. 7 oct. 1997, ., n° 95-19.518, JCP G 1998, II, 10110, note D. Mainguy.

135 Cf. Comm. 26 nov. 1998 *sur l'application des règles de concurrence européennes aux restrictions verticales*, qui dénonçait les situation de double pouvoir de marché, celle du fabricant et celle du distributeur, risquant d'emporter deux prix de monopole, que des prix minimum imposés pourraient réduire.

interdiction *per se* (136) a conduit le changement d'analyse du REC n°330/2010. Enfin, la doctrine s'interroge sur la pertinence du maintien du caractère pénal du texte ou de son caractère général, eu égard à la rareté des sanction pénales en la matière, et ce faisant de la pertinence, d'une manière générale, du domaine des pratiques restrictives de concurrence (137).

47 **L'interdiction des pratiques discriminatoires.** Depuis la LME du 4 août 2008, cette question, très préoccupante depuis 1945 et 1986 est devenue sans incidence, sauf à aider à identifier les conditions de sanction de discriminations en cas de pratique anticoncurrentielle. Est une discrimination une différence de traitement établie entre deux partenaires qui se présentent de manière identique ou également deux partenaires qui se présentent de manière différente..

§ 2. Validité du point de vue des pratiques anticoncurrentielles

48 **REC n°330/2010.** Les ententes constituées par de tels accords obéissent aux conditions d'exemption posées par le Règlement n°330/2010 et notamment la question des restrictions caractérisées.

Parmi ces restrictions caractérisées, se pose la question des pratiques de prix imposés ici considérées comme les pratiques conduisant à empêcher que le distributeur puisse librement fixer ses prix de revente, ce qui aboutirait à limiter la concurrence intramarque, entre les distributeurs eux-mêmes et intermarque, eu égard aux possibilité e choix des consommateurs.

Les clauses ou pratiques en question sont envisagées de manière plus large que pour l'application de l'article L. 442-5 du Code de commerce. Ainsi, la pratique des prix conseillés est par

136US Supreme Court du 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products. Inc. Vs PSKS Inc.*, 75USLW 4643 (n°06-480) 2007 WL 2335892, JCP, éd. E, 2008, 1676, obs. D. Mainguy.

137 Cf. D. Ferrier, Les pratiques restrictives de concurrence, pour quelles finalités ? Mélanges Y. Serra, Dalloz, 2006, p. 189, Donnedieu de Vabres-Tranié, Un droit de la concurrence, pour quoi faire ?, CCC 2006/12, p. 6.

principe interdite et sanctionnée dès lors que cette pratique participe d'une entente, elle-même supposant l'existence d'un consentement réel, question qui pose difficulté depuis l'affaire *Volkswagen* (138) dans la mesure où la seule application, par le distributeur, de « l'ordre » donné par le fournisseur, n'est pas caractéristique d'un accord. C'est ainsi que, en application de cette nouvelle considération, les autorités nationales ont considéré que l'octroi de rabais en période de lancement d'un nouveau véhicule n'était pas caractéristique d'une entente, faute de preuve de l'adhésion des concessionnaires à ce système de fixation des prix (139). L'autorité nationale de concurrence développe un « test » en trois temps afin de vérifier l'existence d'un tel consentement à travers une série d'indices qui passent par l'existence de prix de vente publics ou des taux de remise évoquées par le fournisseur, l'existence de dispositifs de police es prix et l'observation de l'application systématique des prix conseillés par les distributeurs (140). L'un, seul, des trois éléments ne suffit pas, par exemple l'existence de prix publics, des coefficients multiplicateurs ou des taux de remise ou encore des conseils de calculs des prix, il convient d'ajouter l'existence d'une technique de pression ou de sanction de leur non respect et de l'effectivité de leur application, un taux d'application à au moins 80% étant pour l'ADLC, une présomption d'application significative. La difficulté tient au fait que ces éléments du test sont séparables : ainsi il suffirait que quelques uns seulement des distributeurs aient subi une pression pour que la situation dégénère en entente.

Il en est de même de la clause d'interdiction des livraisons croisées dites « rétrocessions » à l'intérieur du réseau, notamment en présence d'une obligation d'approvisionnement exclusif : l'interdiction crée ainsi une situation d'exclusivité territoriale

138 TPICE 3 déc. 2003, *Volkswagen*, aff.T-208-01.

139 Déc. Cons. conc. n°03-D-06, 23 déc. 2003 CCC 2004, n°60, obs. M. Malaurie-Vignal.

140 Déc. Cons. conc. 13 mars 2006, CCC 2006, n°83, obs. Malaurie-Vignal, RDC 2006, n°726, obs. C. Prieto, RLDA 2006/5, p. 267, obs. Méar et sur appel Paris 26 juin 2007, RDC 2007, n°1179, obs. C. Prieto, CCC 2007, n°211, obs. G. Decocq.

absolue (141).

Il en est enfin de l'interdiction des ventes passives, consistant à interdire au distributeur de satisfaire les demandes faites par des consommateurs provenant de territoires autres que celui du distributeur. Il en résulte que le distributeur doit pouvoir vendre ses produits ou de fournir ses services à l'endroit ou à la personne qu'il souhaite (142). La restriction peut reposer sur le fait que l'accord de distribution traite les ventes à l'exportation d'une manière moins favorable que les ventes nationales ou bien dans le fait qu'il restreint les importations parallèles des produits (143) ou encore dans le fait de ne pas livrer correctement certains produits. En revanche, la sanction de cette limitation est plus difficile lorsque le concédant des commissions pour les ventes réalisées par le distributeur hors de son territoire. Elles doivent être destinées à dédommager le distributeur territorialement compétent qui assurera le service-après vente. Pour échapper à son interdiction, la clause doit comporter un montant forfaitaire, couvrant uniquement les coûts réels du service après-vente, et ne concerner que le seul utilisateur final (144). En outre, lorsqu'un contrat de distribution cumule à la fois les caractères de la distribution sélective et de la distribution exclusive, le fournisseur peut interdire les ventes actives des distributeurs sélectifs vers les territoires des distributeurs purement exclusifs (145). Enfin le concédant peut accorder des aides commerciales sur des critères objectifs lorsqu'ils ont exclusivement pour objet ou pour effet de venir en aide aux concessionnaires dont l'activité était affectée par des importations parallèles notamment si elles résultent des

141 Cf. Déc. Cons. conc. n°97-D-17 19 mars 1996, Déc. Cons. conc. n°00-D-35, 26 sept. 2000, CCC 2001, n°26, obs. M. Malaurie-Vignal.

142 CJCE, 6 avr. 2006, General Motors Nederland BV et Opel Nederland, C-551/03, CCC 2006, n°105, obs. M. Malaurie-Vignal ; D. 2007, pan. p. 1917, obs. D. Ferrier, TPICE, 9 juill. 2009, aff. T-450/05, Automobiles Peugeot SA CCC 2009, n°226, obs. D. Bosco, TPICE, 13 janv. 2004, aff. T-67/01, JCB Services, CCC 2004, n°84, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

143 CJCE, 30 avr. 2009, aff. T-18/03, *CD-Contact Data*, CCC 2009, n°172, obs. G. Decocq.

144 TPICE, 13 janv. 2004, aff. T-67/01, JCB Services, préc.

145 Cons. conc., déc. n° 07-D-25, 25 juill. 2007, CCC 2007 n°238 obs. M. Malaurie-Vignal et n°255, obs. G. Decocq.

écarts de prix entre les États membres et les fluctuations des monnaies européennes (146).

Section 2. – Efficacité du contrat de distribution exclusive

49 Formation du contrat de distribution exclusive. On retrouve ici, toutes les exigences générales des contrats et particulières des contrats de distribution. C'est le cas notamment de l'application de la loi Doubin (C. com., art. L. 330-3), ou des questions relatives à la limitation de la durée de l'engagement d'exclusivité (C. com., art. L. 330-1). Il va de soi que le contrat est consensuel et que s'il est en général écrit, il pourrait être purement verbal (147) et on pourrait se demander si les exigences de l'article L. 441-7 du Code de commerce qui impose une convention écrite établissant le contenu des obligations auxquelles le fournisseur et le distributeur se sont engagés, mais aussi parce que l'article L. 330-3 du Code de commerce impose que le fournisseur remette au candidat distributeur les éléments essentiels du contrat afin qu'il puisse s'engager en connaissance de cause.

Il s'agit en outre d'un contrat cadre et qui, pour cette raison, implique la conclusion de nombreux contrats d'application.

Ces contrats sont en outre souvent complétés de toute une série d'accords complémentaires, comme des prêts d'argent ou de matériel, ou de vente de ceux-ci, de mise à disposition (ou licence) de marque ou de signes distinctifs, de logiciels, le contrat d'adhésion à un accord d'achat ou de référencement, etc. Ces accords sont généralement considérés comme formant un ensemble indivisible.

50 Contenu des contrats de distribution exclusive. L'obligation essentielle du concédant est celle de fournir, le livrer

146 Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-19.092, CCC 2006, n° 107, obs. M. Malaurie-Vignal.

147 Cass. com., 5 déc. 1984, n° 83-14.273, Bull. civ. 1984, IV, n° 332.

les produits contractuels au concessionnaire (148) : c'est d'ailleurs, à propos de ces contrats, ce caractère qui a justifié la qualification du contrat de concession soit en un contrat de vente de choses futures, soit d'une promesse de vente, avant finalement et notamment du fait de l'influence des « qualifications » européennes, le choix d'une qualification propre, « typée », ne soit finalement retenue. Il en résulte que le concessionnaire doit pouvoir obtenir l'exécution forcée, en nature, des produits contractuels commandés et que le concédant refuserait de livrer.

En outre, cette obligation se conjugue avec le respect de l'obligation d'exclusivité territoriale qu'il a consentie. Celle-ci participe même de l'essence du contrat de concession, sans laquelle il ne s'agirait pas à proprement parler d'un contrat de concession, mais d'un simple contrat d'agrément (149). Par conséquent, l'existence d'une telle obligation d'exclusivité est déterminante de ce contrat (150), elle doit être strictement précisée. A défaut, une requalification, voire la nullité du contrat pourrait s'imposer (151).

On retrouve alors les hypothèses générales d'identification des clauses d'exclusivité, selon qu'il s'agit d'une exclusivité simple, renforcée ou absolue (cf. supra). Dans tous les cas, c'est bien le choix contractuel du champ de l'exclusivité qui s'impose. Ainsi le concédant peut concéder une exclusivité pour tous ses produits, ou bien sérier cette exclusivité en fonction des marques qu'il exploite voire de certains produits, comme c'est par exemple le cas en matière automobile (distinction par marque, par catégorie de véhicules, automobile, motocyclettes ou camions par exemple). Inversement, d'ailleurs, le concessionnaire peut être concessionnaire multimarque. Cela ne pose pas difficulté lorsque le concessionnaire exploite ainsi des produits qui ne sont pas concurrents, mais, face à des produits concurrents, le contrat et la méthode de distribution changent de facette : il s'agit ici d'une technique de distribution sélective.

148 Cf. Paris, 27 mai 1980, D. 1981, p. 314, note Ph. Le Tourneau.

149 Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit. n°635.

150 Paris, 24 sept. 1990, D. 1990, p. 224 ; Paris, 19 sept. 1994, RJDA 1995, n°268.

151 Cf. Cass. Com. 9 mars 1970, Bull. Civ. IV, n°84.

La violation de l'obligation d'exclusivité, volontaire ou non, est une inexécution contractuelle emportant la rupture immédiate du contrat et la condamnation, éventuelle, à des dommages et intérêts (152). Ce peut être la violation, directe, de l'exclusivité territoriale par désignation d'un concessionnaire sur la zone, mais également par le fait de favoriser un membre du réseau par rapport aux autres (153). L'obligation de respecter la zone territoriale du concessionnaire interdit au concédant de restreindre unilatéralement le secteur géographique du concessionnaire, à moins que cette possibilité soit prévue dans le contrat. En pratique, il s'agit de la clause assurant la faculté de diviser le territoire afin de réorganiser le réseau et notamment les territoires concédés, selon des critères déterminés, souvent associée à une promesse de réservation de ce nouveau territoire au concessionnaire.

En matière de distribution automobile, une disposition du REC n°1400/200 (art. 3, 5 b, ii) a créé un contentieux important : il prévoyait que le concédant pouvant résilier le contrat en respectant un préavis raccourci d'un an (au lieu de deux) « *en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau* » (Comm. UE, règl. n° 1400/2002, art. 3, 5, b, ii) (154).

51 Conséquences de l'exclusivité. Le concédant doit alors fournir des produits conformes à ceux faisant l'objet du contrat, en quantité et en qualité et doit toutes les obligations que

152 Cass. com., 9 avr. 2002, n° 99-15.532, CCC 2003, n° 9, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP E 2003, CDE 2003, n° 3, p. 21, obs. D. Mainguy (désignation d'un nouveau concessionnaire dans la même zone d'exclusivité), Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919, RDC 2005, p. 288, note Ph. Stoffel-Munck.

153 Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-22.469, RJDA 1998, n°1435 ; Cass. com., 19 déc. 1989, Bull. civ. 1989, IV, n° 327 ; RTD civ. 1990, p. 649, obs. J. Mestre ; Cass. com., 23 juin 2004, n° 99-19.932 (autorisation de vente d'un concessionnaire belge à un salon de Paris).

154 Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-17.011, CCC 2007, n°148, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP G 2007, I, 195, n° 19, obs. M. Chagny, Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-17.748, *General Motors France*, CCC 2008, n°69, note N. Mathey.

supporte un vendeur : le contrat de concession comme tous les contrats de distribution de marchandises a pour objectif la vente pour la revente de celles-ci par le distributeur. Il doit aussi procéder à une assistance du concessionnaire, assistance technique, commerciale et éventuellement financière, mais qui se limite simplement à la transmission de conseils techniques, et non stratégique, comme des conseils sur la continuation du contrat ou sa rupture voire son dépôt de bilan (155). Celle-ci passe notamment par une « *garantie de réseau* » qui fait qu'un client peut s'adresser à son propre vendeur ou bien à un concessionnaire quelconque (156) technique contractuelle qui dépasse l'exigence de garantie des vices cachés, qui s'impose en toute hypothèse (157) l'ensemble se prêtant à une application presque idéale des actions directes dans les chaînes de ventes (158). Ces garanties de réseau sont d'ailleurs souvent complétées par des services plus larges (Lignes directes, numéro vert, assistance en ligne, dépannage, entretien, assurance, financement). Ces services généralisés promus par le concédant sont en outre un élément de cohésion du réseau, à fois entre le concédant et le concessionnaire, entre les concessionnaires, et à l'égard de la clientèle, de sorte que le refus par le concessionnaire d'assurer ces services au consommateur est considéré comme une justification de la résiliation du contrat (159). L'intérêt des « *garanties de réseau* » repose sur le fait qu'un consommateur peut obtenir les services et la garantie auprès de quelque concessionnaire que ce soit. Le concessionnaire dispose alors d'une créance contre le concédant. Le problème se pose d'ailleurs de la difficulté de savoir si une telle garantie est due alors que le

155 , Cass. civ. 3ème 17 mai 2005, n° 04-12.176, CCC 2005, n° 169, obs. M. Malaurie-Vignal (à propos d'un contrat de franchise).

156 Cf. Cass. com. 13 janv. 1998, PIBD 1998, III, 286, Com. 10 févr. 1998, Bull. IV, n°65 ; Cass. com. 19 oct. 1999, D. 2000. 341, note L. Mauger-Vielpeau.

157Cass. 1re civ., 12 juill. 2007, n° 05-10.435, Resp. civ. assur. 2007, comm. 326, Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-20.255 CCC 2010, n°122, obs. M. Malaurie-Vignal.

158Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-20.255, préc.

159Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-20.255, préc.

consommateur s'est approvisionné auprès d'un concessionnaire non membre du réseau ; la jurisprudence semble considérer que la garantie n'est pas due (160).

En outre, le contrat assure, au moins, l'autorisation d'utiliser les signes distinctifs du réseau, la marque, l'enseigne ainsi que tous les éléments assurant la promotion de la marque ou des produits. Une telle autorisation s'analyse comme une simple « mise à disposition » et non comme une « licence » de marque, qui assurerait au licencié le droit d'apposer la marque lui-même. Il en résulte alors que la marque ou l'enseigne ne sauraient être cédées sans emporter une conséquence sur le contrat qui pourrait être considéré comme caduc ou résilié (161).

52 Obligations du concessionnaire. Le concessionnaire s'oblige en retour à de nombreuses obligations, positives ou négatives.

Il doit d'abord respecter l'exclusivité d'approvisionnement et les clauses de rendement prévues dans le contrat de sorte qu'il doit en premier acquérir les produits contractuels et ensuite les revendre, dans le territoire dans lequel il exerce son monopole.

Le juge contrôle, en outre, la contrepartie de l'engagement d'exclusivité dans les conditions posées en matière de contrat d'approvisionnement exclusif (cf. supra) par exemple par l'obtention de tarifs privilégiés.

La question se pose cependant, comme dans ces contrats, mais souvent avec plus d'acuité en raison de la réciprocité de l'exclusivité et de l'importance économique de ces contrats, de l'intensité de l'obligation de s'approvisionner et notamment du respect des quotas, minimas ou objectifs imposés contractuellement. La jurisprudence admet en général que les

160Cass. com., 7 oct. 1997, n° 96-10.495, D. 1998, p. 206, note M. Malaurie-Vignal, Cass. com., 13 janv. 1998, n° 96-10.780, CCC 1998, n°61, obs. L. Vogel.

161 Le problème se pose alors de l'utilisation de la marque des produits du concédants par l'utilisation d'un nom de domaine, que le juge considère en général comme une contrefaçon (Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-16.752, Comm. com. électr. 2010, n° 47, obs. C. Caron ; D. 2010, p. 1183, note G. Lardeux).

objectifs assignés valident la qualification de l'engagement d'approvisionnement exclusif en un engagement d'achat qui analysé comme une obligation de moyens sans que la jurisprudence soit toutefois catégorique à cet effet (162) à moins que le contrat n'ait précisé au contraire que l'exécution de l'obligation d'objectifs soit un résultat à atteindre (163).

En outre, la question de la validité concurrentielle des clauses de rendement peut se poser, notamment lorsque les seuils de 30% du REC n°330-2010 sont dépassés et que l'exemption automatique du contrat n'est plus acquise. Ainsi la jurisprudence considère que les clauses de rendement sont illicites lorsqu'elles sont disproportionnées au regard des chiffres ordinairement réalisés (164).

Le concessionnaire doit ensuite respecter les obligations relatives aux conditions de la revente des produits : en terme de méthode de vente, d'aménagement des locaux, de formation du personnel, assurer un service après vente, procéder à des démonstrations, à l'installation des produits vendus. En pratique, les normes relatives aux locaux, au personnel et aux conditions de vente sont rassemblées dans un document annexe au contrat, régulièrement révisé.

Les contrats de concession prévoient également souvent que le concessionnaire doit constituer un stock minimum de

162 Cass. com. 7 déc. 1993, n° 89-16.448, Bull. civ. 1994, IV, n° 450 mais contra : pour une obligation de résultat : Cass. com. 20 mai 2003, RJDA 2003, n° 827, LPA 8 mars 2006, n° 48, p. 9, obs. D. Mainguy, J.-L. Respaud et V. Cadoret ; Adde : A. Ronzano, Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution, JCP E 1996, I, 535 ; Ph. Becqué, Les clauses de quota, Les clauses dans les contrats de concession exclusive, JCP E 1985, CDE 1985, n° 4, n° 21.

163 Cass. com., 5 oct. 1979, Bull. civ. 1979, IV, n° 239, Cass. com., 20 mai 2003 : RJDA 2003, n° 827 ; LPA 8 mars 2006, n° 48, p. 9, obs. D. Mainguy, J.-L. Respaud et V. Cadoret, Cass. com., 9 juin 2004, n° 02-21.204, RJ com. 2004, p. 506, 1re esp., note S. Lebretton-Derrien.

164 Cass. com., 13 mai 1997, n° 95-14.035, D. 1998, somm. p. 339, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1998, p. 101, obs. J. Mestre, Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857, JCP E 2002, 1842, note V. Perruchot-Triboullet, Cass. com., 9 juin 2004, n° 02-21.204, préc., Cass. com., 4 juill. 1995, n° 93-20.202, RJDA 1995, n° 1388.

produits, de pièces de rechange, sous la forme de clauses d'assortiment et très souvent également de mécanismes automatiques de réassortiment, que le concessionnaire doit effectuer de la publicité locale et en général des actions de promotion et d'attraction de la clientèle, sous le contrôle du fournisseur

Le concessionnaire doit également respecter son engagement d'exclusivité de manière négative, par l'absence de violation de l'obligation d'exclusivité d'approvisionnement. La question de fait pas vraiment difficile : le concessionnaire qui viole la clause d'exclusivité en se fournissant chez un tiers, en vendant hors de sa zone, en ne respectant pas les obligations contractuelles licites, en vendant à des concessionnaires non membres du réseau, commet une inexécution majeure du contrat justifiant la rupture du contrat et sa condamnation à des dommages et intérêts envers le concédant (165) ou l'exercice par le fournisseur de l'exception d'inexécution par la cessation des livraisons, en faisant jouer l'exception. L'inexécution de cette obligation est en outre, et comme en matière de distribution sélective une faute à l'égard des autres concessionnaires, une faute délictuelle.

53 Rupture du contrat de concession. Le contrat de concession est un contrat de longue durée, quand bien même le contrat serait prévu comme un contrat de durée déterminée, qui conjugue les intérêts de chacune des parties, le concédant et le concessionnaire, la situation de ce dernier étant, du fait de la dépendance du concessionnaire, plus difficile en cas de rupture du contrat. En outre le concessionnaire est, du fait de la conclusion du contrat, soumis à des investissements lourds, susceptibles d'être amortis en plusieurs années et la rupture anticipée d'un tel contrat est nettement préjudiciable au concessionnaire.

La rupture du contrat de concession est en effet le plus

165 Cass. com., 7 juill. 1980, Bull. civ. 1980, IV, n° 288, Cass. com., 7 juin 1994, n° 91-17.920 : RJDA 1994, n° 1133, Cass. com., 11 oct. 1994, n° 92-17.599, JCP E 1995, II, 749 ; Bull. civ. IV, n° 283, Cass. com., 23 mars 1999, n° 97-15.091, RJDA 1999, n° 659. Cass. com., 21 janv. 2003, n° 01-10.441, CCC 2003, n°68, obs. L. Leveneur.

souvent le fait du concédant et l'analyse de la rupture s'effectue dans les conditions posées par ce qui est devenu le « droit commun des contrats de distribution », lequel s'est d'ailleurs fondé, principalement, sur les hypothèses de rupture des contrats de distribution exclusive.

On repèrera simplement ici les hypothèses qui posent difficulté : la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, la résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée, la mise en œuvre d'une clause de résiliation et le non renouvellement du contrat à durée déterminée. En pratique, ce sont essentiellement les hypothèses visant les contrats à durée déterminées qui importent sur le principe que le concessionnaire ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement du contrat de concession (166). Il en résulte que le non renouvellement est l'exercice normal de la liberté contractuelle du concédant (167), sans avoir à respecter un préavis, à moins que le non renouvellement résulte de la dénonciation d'un mécanisme de tacite reconduction ou qu'un préavis soit prévu. De même, le concessionnaire ne doit pas s'attendre, quelle que soit la forme de la rupture à des attentions particulières du concédant et notamment en terme de reconversion du concessionnaire (168).

En matière de distribution automobile, toutefois, les règles du Règlement n°1400/2002 prévoyaient deux règles particulières, l'une prévoyant que la rupture d'un accord soit motivée, par écrit, précisant « *les raisons détaillées, objectives et transparente de la décision de*

166 Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-18.775, CCC 2009, n°42, obs. N. Mathey.

167 Cass. com., 9 juin 1992, n° 90-17.101, CCC1992, n° 223, Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-17.918 CCC 1994, n° 219, obs. L. Leveneur, Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158, JCP G 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal, CCC 1998, n° 20, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10.553, RJDA 2001, n° 973 ; RTD civ. 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-10.768, JCP E 2002, CDE 2002, n° 3, p. 33, obs. D. Mainguy ; RJDA 2001, n° 1201, Cass. com., 3 juill. 2001, n° 99-11.390, JCP E 2002, CDE 2002, n° 3, p. 33, obs. D. Mainguy ; RJDA 2002, n° 35.

168 Cass. com., 6 mai 2002, JCP G 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; JCP E 2003, 66, p. 79, note A. Sonet ; J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé, JCP E 2002, CDE 2002, n° 5, p. 19 s.

résiliation » et respectant un préavis de deux ans, éventuellement ramené à un an en cas de nécessité de réorganisation du réseau (REC n°1400/2002, art. 3-4 et 5, b). Toutefois, ces exigences ne sont plus précisées depuis l'entrée en vigueur du Règlement n°330/2010.

Les conséquences de la rupture du contrat de concession sont également communes aux autres contrats : les obligations contractuelles prennent fin, souvent une clause de non concurrence ou de non réaffiliation naît, dont l'existence doit être justifiée au regard des règles du droit européen de la concurrence, le concessionnaire doit restituer les signes distinctifs et cesser de les utiliser, etc.

L'une des conséquences plus particulières propres aux contrats de concession repose sur la question de la reprise des stocks en fin de contrat. En effet, le concessionnaire ne peut, du fait de la rupture du contrat vendre les marchandises, bien qu'il en soit propriétaire ; ce serait un acte de concurrence déloyale, à l'égard du concédant ou du nouveau concessionnaire, voire de contrefaçon. Souvent une clause prévoit que le concédant reprendra alors les stocks, pour lui ou pour un autre concessionnaire, à un prix déterminé. Mais en l'absence de clause, la question de savoir si le concédant peut y être contraint n'est pas réglée. En effet, il s'agit là d'une situation qui traduit l'exécution du contrat : le concessionnaire devait disposer d'un stock de marchandises minimales tel que prévu par le contrat et cette exigence doit être respectée, d'autant qu'elle ne présente pas d'élément d'illégalité, *a priori*, et qu'elle a été acceptée par le concessionnaire (169). Toutefois, la question s'est posée de savoir si le concédant ne devrait pas, comme vendeur, subir les conséquences de la garantie d'éviction du fait personnel dans la mesure où l'indisponibilité des marchandises repose sur le fait du vendeur-concédant (ce qui suppose que la rupture lui soit imputable) (170), solution que la jurisprudence rejette cependant

169 Cass. com., 16 févr. 1970, D. 1970, p. 391, Cass. com., 17 mars 1970, JCP G 1970, II, 16568, note J. Hémar.

170 M. Cabrillac, Le sort des stocks détenus par le vendeur lors de l'expiration de la concession : D. 1964, chron. p. 181.

(171). A moins que la reprise des stocks ne soit une conséquence de la faute du concédant (172), ce qui suppose cependant d'une part que la rupture soit considérée comme abusive et d'autre part que le préjudice soit bien lié à la faute sanctionnée.

TITRE 2

LES CONTRATS DE REITERATION : LES FIGURES DU CONTRAT DE FRANCHISE

⁵⁴ **Origine et définition.** Le contrat de franchise, de franchising ou contrat de franchisage (173) est un contrat plus complexe que le contrat de concession, dont il dérive cependant. Issu de la pratique américaine, il a été introduit dans la pratique française où il a connu un succès retentissant.

Par ce contrat, un commerçant, le franchiseur, qui dispose d'un savoir particulier et de signes distinctifs particuliers dans un domaine donné et qui a exploité cette « réussite commerciale » particulière due à ces avantages particuliers, accorde à un autre commerçant, un franchisé, le droit d'exploiter cet ensemble,

171 Cass. com., 29 avr. 1969 : D. 1970, p. 628. – Cass. com., 16 févr. 1970, préc.

172 Cass. com. 20 oct. 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, pan. jurispr. p. 124, 1^{re} esp., obs. Ph. le Tourneau, Cass. com., 23 mai 2000, préc., Cass. com., 23 juin 1992, RJDA 1992, n° 1119.

173 Cf. la dénomination officielle en la matière : A. 29 mars 1973, JO, 3 janv. 1974. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, Droit de la franchise : Litec, coll. Carré droit, 2011, F.-L. Simon, Théorie et pratique du droit de la franchise, éd. Joly, 2009 ; Ph. le Tourneau, Les contrats de franchisage, Litec 2007, Franchisage, Jur.-Class. Contr. distr. fasc. 1040 ; H. Bensoussan, Le droit de la franchise, Apogée, 1997. V. Aussi J. Guyenot, La franchise commerciale, RTD com. 1973. 161.

moyennant versement de sommes d'argent. L'article 1-3 du REC n°4087/88 qui n'est plus en vigueur depuis 1999 définissait ainsi le contrat de franchise comme le contrat 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 (...) destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services déterminés à de utilisateurs finals ». Le REC 330/2010 propose à cet égard une définition bien moins efficace et pertinente à travers ses lignes directrices, les définissant comme des accordant une « licence de droits de propriété industrielle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété industrielle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale et technique ».

De ce point de vue, le contrat de franchise est tout à la fois un contrat de distribution et un contrat de financement. En effet, il s'intègre dans la catégorie des contrats de distribution, et plus spécifiquement dans celle des contrats de réitération. Par le contrat de franchise, le franchisé cherche à réitérer l'expérience réussie du franchiseur ; il se présente comme un « clone commercial » du franchiseur. Cet aspect original du contrat de franchise alimente le débat sur l'existence d'un intérêt commun dans le contrat de franchise, propre à assurer une position particulière du franchisé, qui est à la fois la reproduction indépendante de l'expérience du franchiseur et dépendant de ce dernier (174), solution que la jurisprudence a toujours écarté, dans ce contrat comme dans les autres contrats de distribution (175).

174 C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, Droit de la franchise, op. cit. n° 55, Ph. Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz, 1999, p. 127.

175 Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-19.232, CCC 1998, n° 20, obs. L. Leveneur, JCP G 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142 CCC 2002, n° 78, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 2002, somm. p. 3009, obs. D. Ferrier. Cependant la jurisprudence des juges du fond est plus éparpillée sur ce point (cf. Y. Marot, La collaboration entre franchiseur et franchisé : LPA 31 août 2000, n° 174, p. 4).

Ce type de contrat est également un cas type de *contrat de collaboration* dans la mesure où le franchiseur doit transmettre un savoir-faire, mettre à jour celui-ci, afin que son originalité et que les éléments distinctifs de ses concurrents soient toujours pertinentes, mettre à disposition des signes distinctifs, l'ensemble se signalant par une obligation d'assistance forte et particulière. En effet, et c'est le principal élément qui justifie le succès du contrat de franchise, tout le monde y trouve, en principe son compte. Le franchiseur dispose d'une technique lui permettant d'étendre, voire de créer un réseau dont il va directement profiter, via la rémunération des contrats de franchise, voire indirectement, en cas de cession du réseau. Le franchisé, trouve là un moyen efficace de créer sa propre entreprise en rejoignant un réseau connu, doté d'une image de marque forte et d'une expérience éprouvée.

Il s'agit également d'un contrat de financement : le franchiseur, en effet, multiplie les points de distribution en assurant le financement de ce développement par des franchisés qui sont juridiquement et commercialement indépendants.

Les traits distinctifs du contrat de franchise, par rapport à d'autres formes de contrats de distribution, reposent sur l'existence d'un savoir-faire, dont la pertinence fait l'objet d'une attention toute particulière, d'une mise à disposition de marques et signes distinctifs, parfois conçues comme de véritables licences de marque, notamment lorsque le franchisé « produit » des choses ou des services, et une assistance technique. Pour autant, ce n'est pas véritablement une technique de « qualification » du contrat de franchise (176), qui ne fait pas l'objet d'un régime juridique propre. D'ailleurs, bien des contrats de franchise sont désignés en pratique comme des « contrats de partenariat », « contrats de collaboration », voire « contrats de coopération », souvent en raison de l'image, ambiguë, de la franchise auprès des futurs candidats franchisés.

Pour autant, l'originalité technique du contrat de franchise est parfois niée pour le rapprocher de la figure du contrat de

176 V. cependant Lyon, 2 mars 2000 : JCP E 2002, IV, 1399, Douai, 4 juill. 2002, D. 2002, act. jurispr. p. 2868,

concession commerciale dont il ne serait qu'un dérivé, notamment lorsque le contrat porte sur des services : le contrat de franchise serait ainsi nom donné à la « concession de services ». Ainsi l'obligation d'assistance technique et commerciale est commune au contra de franchise et de concession, les secteurs dans lesquels la franchise a prospéré aux Etats-Unis (le secteur automobile) sont ceux du contrat de concession (177). Pourtant, plusieurs traits permettent de repérer une véritable originalité de ce type de contrat. Le premier porte sur le fait qu'il a pour objet principal la transmission d'un savoir-original, de sorte que le franchisé va réaliser exactement la même activité que le franchiseur. On ne retrouve ainsi pas la logique de spécialisation du contrat de concession. Cette différence peut cependant être limitée par le fait que le franchiseur reste le « producteur », le fournisseur, soit des marchandises pour une franchise de distribution, soit des services pour des services réalisés par le franchiseur (dans les secteurs de la téléphonie, de l'assurance, de la banque, du voyage, etc.), soit des accessoires ou des ingrédients nécessaires à la exploitation de la franchise. En outre, le contrat de franchise n'implique la présence d'une clause d'exclusivité territoriale, alors qu'elle est une composante essentielle du contrat de concession. Enfin, les techniques financières des contrats de concession et de franchise sont très différentes : le contrat de franchise connaît souvent un « prix » propre, sous la forme d'un droit d'entrée et de redevances, ce qui est inconnu du contrat de concession. D'ailleurs, le droit européen de la concurrence, lorsqu'il porta son attention, dans les années 1980, sur ces contrats distingua parfaitement les deux formules contractuelles.

Le contrat de franchise présente en outre cette particularité de n'être pas réservé à la distribution de marchandises, à la différence du contrat de concession ou de distribution sélective.

55 Développement et succès du contrat de franchise. On observe ainsi le développement de la franchise dans bien des domaines : le secteur hôtelier, le secteur industriel, le secteur très

177 Comp. M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, n°236.

large des services, et bien entendu le secteur de la distribution dans lequel le franchiseur peut être un producteur et la franchise pourra sembler n'être qu'un avatar de la concession ou bien dans lequel le franchiseur est lui-même un distributeur ou un grossiste qui a élaboré un savoir-faire particulier dans la distribution voire dans la grande distribution (178). On observe parfois des variantes, à travers le *contrat de management* que l'on rencontre notamment dans le secteur hôtelier. Il s'agit de l'hypothèse exactement inverse de la franchise : une entreprise décide de confier la gestion de celle-ci, son management, à une entreprise qu'elle sait compétente à cet effet car elle dispose de l'expérience et du savoir-faire nécessaire en la matière. Ce contrat ne propose pas de transfert de savoir-faire mais une sorte de contrat de confié portant sur la gestion d'une entreprise. De même, le contrat de franchise de distribution, notamment dans le secteur du prêt-à-porter a muté vers des formules moins complexes comme celle de la *commission affiliation*.

L'ensemble forme un paysage finalement bigarré quoi que fondé sur les mêmes bases.

Ainsi la « franchise de services », qui représente plus de 50% des réseaux de franchise, met en scène un franchiseur qui met à la disposition de ses franchisés un système standardisé afin de proposer un ensemble de services à la clientèle ; ce système suppose généralement l'existence d'un établissement « pilote », un savoir-faire performant, pertinent et évolutif. Les services susceptibles d'une telle activités sont innombrables, sans doute tous les types de services, des services à la personne (services d'installation de matériels, nettoyage, locations diverses, enseignement, soins, bien-être) ou aux entreprises, les conseils, y compris juridiques d'ailleurs, etc. La restauration est un secteur particulier, dans lequel des « chaînes » de restauration se développent à des vitesses très rapide.

La « franchise hôtelière » est un modèle un peu particulier, mais qui permet de catégoriser des hôtels et des consommateurs, de développer des marques en matière internationale. Les

178 Il y aurait plus de 1500 réseaux de franchise en France intéressant plus de 60 à 100 000 points de vente.

investissements y sont considérables et la fin des contrats problématique en raison de la présence surabondante des signes distinctifs dans la décoration (murs, moquettes, serviettes, mobiliers spécifiques, etc.). Cette formule est parfois inversée sous la forme d'un « contrat de management » ou de gestion ou « franchisage financier » (179). Il s'agit ici de situation dans lesquelles le propriétaire d'un immeuble envisage de développer un hôtel mais sans vouloir assumer la gestion de ce celui-ci. Plutôt, donc, que de conclure un contrat de franchise impliquant le transfert, à son profit, du savoir-faire nécessaire à l'exploitation d'un hôtel (ou d'un restaurant) par lui-même, il peut choisir, à l'inverse, de confier la gestion de cet établissement. Dès lors, est dissociée la fonction d'investissement, via la propriété de l'immeuble, et la fonction de gestion, via la propriété du fonds de commerce : l'investisseur peut alors être distinct du gestionnaire et encore distinct du franchiseur. Des entreprises se sont ainsi spécialisées, certaines dans les investissements, d'autres dans la gestion.

La « franchise de distribution » est celle où le savoir-faire est en général réduit à sa plus simple expression puisqu'il se réduit en général à une capacité à sélectionner des produits, ou les concevoir, et à développer une marque et une image de marque, fonction qui sont celles d'un distributeur traditionnel. Le risque est alors plus grand que dans les autres modèles de voir contester la réalité du savoir faire. Pour cette raison, mais également afin de pallier les difficultés en termes de gestion des stocks et de prix imposés, la formule a largement évolué vers celle de la « commission affiliation » (180), où le « franchiseur » propose

179 G. Chastenot de Gery, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière, Contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, th. Paris IX, 1998 ; K. Torbey, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés, Étude de droit français et de droit libanais*, LGDJ, 2002 ; P.-F. Cruz, *Le contrat de gestion*, *Économica* 2004.

180 D. Mainguy et J.-L. Respaud, *À propos du contrat de commission-affiliation*, in *Libre Droit*, Mél. Ph. le Tourneau : Dalloz, 2007, p. 761, M.-J. Loyer-Lemercier, *Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ?* :

simplement à un « franchisé » une affiliation à un réseau, donc à une marque, et un savoir faire, ainsi qu'au dépôt de marchandises dont le « franchiseur » demeure le propriétaire. Il s'agit ainsi d'une technique de « dépôt vente » associée à une présentation unifiée du magasin, des assortiments, à travers une technique d'« affiliation », et dont les tentatives de requalification en contrat de mandat, mandat d'intérêt commun ou agence commerciale, ont échoué. Le franchiseur peut alors être un fabricant qui écoule sa production à travers un réseau de distributeurs franchisés, ou un sélectionneur, qui dispose alors souvent d'une centrale d'achat (181). On peut observer que cette technique de distribution est certainement celle qui, en terme économiques, est la plus importante, puisqu'elle regroupe notamment les contrats de franchise de la grande distribution, dans les cas où l'enseigne de la grande distribution ne distribue pas par un réseau intégré, parfois désignée comme « franchise participative » (182), et qui suscite un contentieux considérable.

La « franchise de stand », « franchise corner » ou « franchise de comptoir » ou encore « d'emplacement » est une figure particulière de franchise de distribution. Il s'agit pour le promoteur d'un réseau d'exploiter sa marque et ses produits sur un comptoir, dans un grand magasin, un hôtel, un aéroport avec d'autres. La formule est moins une variété de franchisage, qu'une sorte de bail, qui n'est d'ailleurs pas commercial (183), permettant au franchisé de stand d'exploiter un espace dans des conditions assez limitées, avec un savoir-faire limité et une formule très différente des autres modes de distribution utilisés par la marque

JCP E 2011, 1218, plus nuancé, D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit., n°693.

181 Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00.668, JCP E 2003, Cah. dr. entr. 2003, n° 5, p. 43, obs. J.-L. Respaud. Adde : S. Richard, Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement : JCP E 2011, Cah. dr. entr. 2011, n° 4, 2010, dossier 22.

182 Cf. B. Dondero, JCP, éd. E, 2012, 1641.

183 Cass. ass. plén., 24 avr. 1970, n° 68-10.914 : JCP E 1970, II, 16489, note B. Boccara, RTD com. 1970, p. 674, obs. A. Jauffret.

(184). D'ailleurs, la pratique désigne comme franchise de stand des formules très différentes, des hypothèses d'exploitation par des salariés du fournisseur (185), de bail, de location gérance, etc.

Dernière figure, la « franchise industrielle » est un modèle contractuel particulièrement typique du modèle proposé par la franchise. On en rencontre des exemples dans le secteur du bâtiment, de l'industrie alimentaire, du pneu, etc. La formule permet d'identifier des « *contrats en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci* » (186). Le contrat de franchise industrielle assure ainsi au franchisé la possibilité de fabriquer les mêmes produits que ceux du franchiseur, selon ses techniques, son savoir-faire, sa marque et son assistance et ce faisant développe un composante de « transfert de technologie » très importante. Conclu dans un contexte interne, par exemple pour limiter les coûts de transport, ou international pour développer la marque et les produits à l'international soit sous la forme d'une joint-venture soit d'une véritable relation de franchise avec un franchisé indépendant.

Le succès de la formule, en France notamment est sans conteste. Elle se développe de manière continue de telle sorte que le France est le premier pays dans lequel ce type de contrat prospère même si, dans les diverses enquêtes et recensements, les chiffres sont parfois très différents, en raison de l'impossibilité de s'entendre sur la signification réelle du terme « franchisage ». Ce succès n'est d'ailleurs pas sans conséquences, certains réseaux se révélant très incertains, peu pérennes, voire de véritables escroqueries et pour les moins pires, des projets insuffisamment préparés ou trop axés sur des effets de modes. Il demeure ainsi que le contrat de franchise est particulièrement pathogène notamment lorsque l'expérience du franchisé se révèle être un échec, ce qui est évidemment une contradiction avec la promesse offerte par la définition du contrat de franchise : la réitération de la réussite commerciale du franchiseur.

184 Cf. D. Ferrier, La distribution sélective : deux alternatives de substitution : JCP E 1993, Cah. dr. entr. 1993, n° 1, p. 6.

185 Paris, 31 mars 1994 : JCP E 1995, I, 439, n° 3, obs. J. Raynard.

186 CJUE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE, p. 353, pt. 14.

Le « secteur de la franchise » attire, pour ces raisons bien des attentions, celui des professionnels, regroupés dans une fédération, la Fédération Française de la Franchise, et ses opposants, dans des associations de défense des franchisés, des avocats et conseils spécialisés, et un droit supposé particulier, lequel oscille entre pétition de réglementation et prétention à la discrétion.

Aucune règle particulière ne réglemente le contrat de franchise, à l'exception de la « Loi Doubin » (C. com., art. L. 330-3) qui mais vise des situations plus large et d'un arrêté de 1991 (C. com., art. A 441-1, complété par une note de service DGCCRF n°5724 du 21 mai 1991⁽¹⁸⁷⁾ qui impose à tout franchisé d'informer les consommateurs de sa qualité d'entreprise indépendante de manière claire et lisible, il survient de manière régulière des demandes en ce sens, visant surtout à assurer la protection des franchisés, dont le point d'orgue fut l'adoption de la loi Doubin. Cette expérience législative, cependant, par sa généralité et ses conséquences, démontre qu'elle n'est pas nécessaire. Tout juste observe-t-on des tentatives de réglementation privée, via des Codes de déontologie, dont celui de la FFF, ou le Code européen de la Franchise, en 1991 et régulièrement mis à jour, ou encore le « Code d'éthique du franchisage » édité par l'association internationale de la franchise en 1994, ou le guide du franchisage, publié par l'OMPI en 2000, ou celui du franchisage international, par l'association Unidroit, en 2002. En outre, bien des réseaux, parmi les plus importants, disposent de leur propre Code de bonne conduite dont l'intérêt est soit de reprendre et de s'approprier le contenu de ces différents « Codes » ou « Guides » (188), mais aussi et peut-être surtout d'intégrer des techniques de règlement amiable et négocié des litiges entre franchisé et franchiseur. Par ailleurs, une norme AFNOR avait été publiée en 1987, aujourd'hui sans intérêt et obsolète.

187 BOCC 30 mai, p. 154.

188 Cf. I. Desbarats, Code de conduite et charte éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, JCP, éd. G, 2003, I, 112, P. Deumier, Les sources de l'éthique des affaires, codes de bonne conduite, charte et autres règles éthiques, in Mélanges Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2007.

CHAPITRE 1. VALIDITE DU CONTRAT DE FRANCHISE

Section 1. Validité au regard des règles du droit de la concurrence

⁵⁶ **Prix imposés de revente.** On retrouve, à propos du contrat de franchise l'interdiction des prix imposés de revente de l'article L. 441-5 du Code de commerce, dans les mêmes conditions que pour les autres contrats et l'on retrouve les mêmes analyses en terme de prix conseillés ou de prix imposés. En effet, le même principe, ici prévaut : le franchisé doit être libre de fixer les prix de revente des produits ou des services assurés aux utilisateurs finals. Toutefois, cette position peut être critiquée dans la mesure où le franchisé doit, strictement, appliquer les méthodes commerciales du franchiseur afin de parvenir à la réitération optimale de la réussite commerciale franchisée. Il n'est d'ailleurs pas invraisemblable de considérer que la fixation des prix et leur niveau participe de cette réussite commerciale et que, par conséquent, le respect des consignes de prix participe, sinon juridiquement, du moins commercialement du respect du savoir-faire (189). Il y a là une forme de contradiction, non assumée par les règles internes mais peut-être, sous réserve d'une démonstration complexe, en droit européen de la concurrence, dans les conditions posées par les lignes directrices (Lignes directrices, pt n°224 et 225) à savoir si franchiseur lance un nouveau produit ou un nouveau service et que les prix imposés incitent les franchisés à augmenter leurs efforts, afin de faire de ce lancement un succès dans l'intérêt des consommateurs, ou bien pour organiser une campagne de prix bas coordonnée de courte durée ou enfin pour permettre au franchisé de réaliser une marge supplémentaire, afin qu'il puisse financer des services de prévente (additionnels), notamment dans

189 En ce sens : D. Ferrier, Le prix conseillé dans la franchise et la distribution sélective, in Prix imposé et prix conseillé, Etudes DGCCRF, 1989, p. 61.

le cas de produits complexes.

57 **Ententes anticoncurrentielles.** Les clauses du contrat de franchise voire le contrat de franchise lui-même sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions de l'article 101 TFUE ou L. 420-1 C. com. On retrouve alors les conditions d'application de ces règles, en termes de seuils de déclenchement des règles du droit de la concurrence ou d'exemption au dessous du seuil de 30%. Les clauses ou contrats sont donc exemptés en deçà, sauf restrictions caractérisées, et supposent un contrôle au-dessus.

On retrouve, ici, la question des prix imposés de revente, déjà envisagées et où les autorités de concurrence ont très largement décrit les pratiques. Ainsi, assiste-t-on à des systèmes de coefficient multiplicateur, des listes de prix, des fournitures de caisses enregistreuses préprogrammées (190), des campagnes publicitaires (191) ou des pré-étiquetages impossibles à modifier (192), tout ce qui assure une pression ou une obligation de respecter les prix fixés par le franchiseur détermine une pratique prohibée.

On retrouve également la question de l'interdiction des rétrocessions dont l'interdiction conventionnelle serait une restriction caractérisée.

Enfin, la présence d'une clause d'approvisionnement exclusif se rencontre très fréquemment. C'est le cas, notamment des franchises de distribution ou industrielle mais aussi des autres formules de franchise dans lesquelles le franchiseur organise l'approvisionnement des accessoires, du mobilier par exemple. On trouve également souvent des clauses d'approvisionnement prioritaire (cf. supra). La Cour de cassation a considéré dans une affaire « Phildar » qu'une clause d'approvisionnement exclusif est valable si elle est indispensable pour préserver l'identité du

190 Déc. Cons. conc. n°96-D-36, 28 mai 1996, JCP, éd. E, 1998, obs. L. Vogel, Cah.dr.ent.1998/5, p. 24 obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, D. 1997, somm. 63, obs.D. Ferrier.

191 Déc. Cons. conc. n°96-D-36, 28 mai 1996, préc.

192 Cf. Déc. Cons. conc. n°99-D-49, 6 juill. 1999, RJDA 2000, n°215 (hypothèse où les prix pouvaient être modifiés).

réseau, sa cohérence ou la bonne diffusion des produits dans le réseau (193). Il en résulte donc que les clauses d'approvisionnement exclusif ne sont pas valables par principe comme associées à un contrat de franchise. Par exemple les clauses qui imposeraient un approvisionnement exclusif pour des éléments non indispensables, comme du mobilier (194) ou des produits sans aucune spécificité particulière (195).

Section 2. Validité au regard des règles du droit des contrats

58 **Cause et validité du contrat de franchise.** La définition du contrat de franchise implique que soit transmis, communiqués au franchisé un certain nombre d'éléments, en contrepartie du sacrifice financier réalisé par ce dernier, le savoir-faire et la marque et les signes distinctifs, ce dont il résulte que ces éléments doivent exister au jour de la conclusion du contrat.

59 **Savoir-faire.** Le système conventionnel de la franchise repose sur l'existence et la consistance du *savoir-faire* du franchiseur ; par ce savoir-faire, le franchisé va pouvoir réitérer la réussite commerciale du franchiseur.

Le contrat de franchise se distingue en effet des autres contrats de distribution par l'existence du savoir-faire et sa communication. A défaut de savoir-faire en effet, et sauf à faire l'objet de sanctions plus importantes, le contrat ne serait pas un contrat de franchise (196) mais éventuellement un contrat de concession (197) ou d'assistance (198).

193 Cass. com., 10 janv. 1995, n° 92-17.892, D. 1997, somm. p. 58, obs. D. Ferrier

194 Déc. Cons. conc., n° 99-D-49, 6 juill. 1999, *Yves Rocher*.

195 Déc. Cons. conc., n° 97-D-51, 24 juin 1997, *Hypromat France*, D. 1998, somm. p. 223, obs. Y. Serra (savon), Déc. Cons. conc. n° 96-D 36, 28 mai 1996, *Zannier*, D. 1997, somm. p. 63, obs. D. Ferrier (matériel informatique).

196 Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-17.232 ; Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-15.970, LPA 13 nov. 2009, p. 94, n° 94.

197 Cf. Agen, 8 nov. 1977 et Paris, 3 nov. 1977, JCP 1979, II, 19027, note A. et E. Djian.

Le « savoir-faire » ou « know-how » peut être défini comme un ensemble d'informations dont dispose une personne pour la connaissance desquelles une autre personne est prête à verser une somme d'argent (199) un ensemble d'informations et connaissances commerciales, techniques, financières qui ne sont pas immédiatement accessibles.

Aucune définition précise n'a cependant été proposée par la jurisprudence ou la réglementation, sinon pour identifier des procédés ou des tours de main (200) des méthodes commerciales assurant la réussite du franchiseur (201), assurant un avantage concurrentiel (202).

Le REC n°330/2010 (art. 1, g) propose en revanche un ensemble de critères le savoir-faire est « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci* ».

Il doit s'agir d'abord d'un « *ensemble...d'information* » (203), c'est-à-dire des informations proprement dites, des savoirs, des techniques commerciales, financières. Il peut porter sur n'importe quel élément : la présentation des produits (204), la méthode de vente...

Il doit s'agir d'un savoir-faire « *secret* », c'est-à-dire qu'il ne doit

198 Cf. Paris 7 juin 1990, D. 1990, IR, 176, pour une requalification en contrat d'approvisionnement.

199 Cf. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n°12 ; R. Fabre, *Le Know-how, sa réservation en droit commun*, Litec, 1976, D. Baschet, *Le savoir-faire dans le contrat de franchise* : *Gaz. Pal.* 1994, 1, doctr. p. 609, D. Ferrier, *Franchise et savoir-faire*, *Mél. J.-J. Burst* : Litec, 1997, p. 157, M. Malaurie-Vignal, *La protection des informations privilégiées et le savoir-faire*, D. 1997, chron. p. 207.

200 Cass. com., 13 juill. 1966, JCP CI 1967, II, 81684, note P. Durand.

201 Paris, 25 janv. 1975, PIBD 1975, III, p. 323.

202 Poitiers, 13 sept. 2005, LPA 9 nov. 2006, p. 9, n° 3 ; Cass. com., 3 oct. 1989, D. 1990, somm. p. 370, obs. D. Ferrier, CA Colmar, 9 juin 1982, D. 1982, p. 553, note J.-J. Burst, CA Paris, 18 juin 1992, 22 sept. 1992 et 27 mai 1993, D. 1995, somm. p. 76, obs. D. Ferrier.

203 Cass. com., 7 juill. 2004, JCP E 2004, Cah. dr. entr. 2004, n° 6, p. 10, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud ; D. 2005, p. 154, obs. D. Ferrier (assimilant de manière critiquable études prévisionnelles et savoir-faire du franchiseur).

204 Paris, 18 juin 1992, D. 1995, Somm. p. 76, obs. D. Ferrier.

pas être aisément accessible même s'il s'agit de la combinaison d'éléments par eux-mêmes très connus. Il n'est pas nécessaire en effet que chaque élément individuel du savoir-faire soit totalement inconnu (205), ou impossible à obtenir de dehors de la conclusion du contrat de franchise. Il est même possible que plusieurs entreprises aient développé un savoir-faire identique. Le caractère secret du savoir-faire repose donc non point des critères reposant sur les notions de droit de la propriété intellectuelle, mais sur le fait, simplement, qu'elle ne soit pas facilement accessible.

Le savoir-faire doit ensuite être « *substantiel* » en sorte que les informations qui le composent doivent être sérieuses, ou mieux originales et indispensables pour le franchisé. L'originalité est cependant relative en ce sens qu'elle n'est pas appréhendée au sens du droit de la propriété intellectuelle : il n'est donc pas nécessaire que le savoir faire soit nouveau et constitue une avancée au regard de l'état existant du commerce (206). Cette originalité s'apprécie au cas par cas et non au regard d'un référent quelconque et dépend du produit ou des services distribués, du secteur, etc. Il peut s'agir du simple agencement de données connues, de modes opératoires, de techniques commerciales, l'aménagement du magasin, sa gestion ou son organisation. Dans certains secteurs, comme ceux de la restauration ou de la coiffure, où les réseaux de franchise sont très implantés, les éléments de savoir-faire sont particulièrement limités et pour autant validés (207).

Substantiel le savoir-faire l'est également parce qu'il doit être indispensable et conférer un avantage économique au franchisé : le fait de détenir ce savoir-faire est un élément conséquent par rapport à un commerçant concurrent ne le maîtrisant pas.

Il en résulte vraisemblablement comme complément que le savoir-faire doit être « *expérimenté* ». En effet, pour être réellement utile le savoir-faire doit assurer un avantage pour le franchisé ce

205 Paris, 16 avr. 1991, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. Ferrier.

206 Paris, 12 janv. 1994 : RJDA 1994, n° 795 (fourniture de véhicules d'occasion)

207 Cf. Versailles, 11 mai 2006, D. 2007, p. 1914, obs. D. Ferrier.

qui suppose que cet avantage ait été vérifié (208). C'est souvent en ce sens qu'est posée l'exigence d'un « pilote » et d'une expérience, peu important alors que cette expérience ait été acquise à l'étranger et point en France.

Il convient en outre que le savoir-faire soit *renouvelé*, adapté. En effet, le savoir-faire doit assurer une réussite commerciale et un avantage économique permanent, et pas uniquement au moment de la conclusion du contrat. C'est d'ailleurs en ce sens que l'obligation d'assistance du franchiseur doit être exécutée au moment de la formation du contrat et tout au long de son exécution.

Le savoir-faire doit enfin être « *identifié* » en ce sens qu'il doit faire l'objet d'une description particulière et précise. Dans le jargon de la franchise le terme « bible » est très fréquemment utilisé pour faire valoir les caractères de la franchise et du savoir-faire qui la supporte. Ces manuels opérationnels comportent tous les éléments nécessaires à la reproduction du concept franchisé, complété par des formations, des stages : le fait que les manuels identifient le savoir-faire et ne soient que la reproduction d'éléments basiques permet d'identifier le caractère inexistant du savoir-faire.

Une quatrième condition pourrait être posée au regard de la jurisprudence posée par la Cour de cassation en terme de *rentabilité*. Si en effet le contrat de franchise peut être annulé sur le fondement de l'erreur sur la rentabilité commise par le franchisé, c'est donc sans doute que le contrat, et donc son savoir-faire, doivent être rentables.

La réalité du savoir-faire s'apprécie alors dans sa globalité et non sur des détails : le véritable critère permettant de considérer que le savoir-faire est valable repose sur son efficacité et c'est au franchisé de prouver l'inexistence du savoir-faire..

60 Signes distinctifs. Le modèle de la franchise suppose une

208 Cass. civ., 1^{ère}, 25 nov. 2009, n°08-15.927 CCC 2010, n°176, obs. N. Mathey, D. 2011, p. 551, obs. D. Ferrier (annulation du contrat de franchise pour dol en raison de l'inexistence du savoir faire et de l'inexpérience du franchiseur).

unité de ralliement de la clientèle, à travers une marque, connue. Il convient donc que le franchiseur dispose d'une marque enregistrée, voire d'une licence de marque (209). Il importe également que la marque bénéficie d'une certaine notoriété (210), ce qui suppose, sinon ancienneté, du moins investissement publicitaire pour assurer cette notoriété (211). Les signes distinctifs utilisés sont d'ailleurs plus vastes que la marque ou ses dérivés, comme des messages publicitaires, voire des images, éventuellement des éléments de mobilier, voire la forme d'un meuble ou d'un bâtiment (212).

Il en résulte que la marque doit exister et être enregistrée avant la conclusion du contrat sauf à justifier la nullité du contrat de franchise (213).

CHAPITRE 2. EFFICACITE DU CONTRAT DE FRANCHISE

Section 1. Formation du contrat de franchise

61 Formation du contrat de franchise. La formation du contrat de franchise se présente comme celle de tout contrat d'affaires de quelque importance, à travers une période de négociation, dont les termes sont, pour partie, encadrés par les règles de la loi Doubin, s'agissant notamment des engagements financiers.

209 Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00.515, RJDA 2003, n° 1169.

210 Cass. com., 9 oct. 1990, JCP E 1990, I, 39, n° 5, obs. J. Azéma, RTD civ. 1991, p. 325, obs. J. Mestre. Comp. I. Meunier-Coeur, Notoriété et renommée de la marque : Propr. industr. 2006, étude 12, N. Raynaud de Lage, La notoriété : D. 2000, chron., p. 513.

211 Cass. com., 12 juill. 1993, CCC 1993, n°207, obs. L. Vogel, Cass. com., 1er févr. 1994, CCC 1994, n°93, obs. L. Leveneur.

212 Cass. com., 11 janv. 2000, D. 2001, p. 468, obs. S. Durrande, Cass. 1re civ., 17 juin 2003, n° 01-17.650, Comm. com. électr. 2003, n°80, obs. C. Caron.

213 Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-19.185.

Très souvent un contrat de réservation est conclu, ne serait-ce que pour contractualiser la période de négociation et inclure un engagement de confidentialité, visant à sécuriser la communication des éléments confidentiels qui peuvent être fournies avant la conclusion du contrat, sur le concept franchisé notamment. En effet, la négociation passe par des visites, des explications, voire des « stages » ou des « immersions » préalables. La communication par le candidat franchisé d'éléments dont il aurait eu connaissance est en effet un acte de concurrence déloyale.

En toute hypothèse, la formation du contrat de franchisage est intégralement soumise aux dispositions de la loi Doubin, ce qui implique que le contrat ne puisse pas être conclu avant une période de 20 jours suivant la remise du Document d'Information Précontractuelle.

62 Cause du contrat. La cause du contrat présente un intérêt tout particulier dans le contrat de franchisage dans la mesure où, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, les engagements de paiement de sommes d'argent du franchisé doivent avoir une contrepartie, à savoir la mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle, dont la marque et la communication du savoir-faire. L'absence de savoir-faire, c'est-à-dire le défaut des éléments d'identification du savoir-faire (cf. supra) par exemple le fait que le savoir-faire ne soit pas original, ou non expérimenté, aboutit alors à l'absence de cause, totale ou partielle, du contrat (214).

Il en est de même de l'absence de marque ou de son annulation (215) ou de l'hypothèse, rarissime où le contrat de franchise serait fondé sur une cause illicite (216).

214 Cass. com., 9 oct. 1990, JCP E 1990, I, 39, n° 5, obs. J. Azéma, RTD civ. 1991, p. 325, obs. J. Mestre, Cass. com. 26 juin 2007, CCC 2007, n°299, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP, éd. E, 2008, 1638, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Cass. com. 14 sept. 2010, CCC 2010, n°270, obs. M. Malaurie-Vignal.

215 Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00.515, RJDA 2003, n° 1169.

216 Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, CCC 1996, n°16, obs. L. Leveneur (exercice illégal de la pharmacie et de la médecine).

Section 2. Contenu et exécution du contrat de franchise

63 Obligations du franchiseur, transmission du savoir-faire. La première obligation, principale, du franchiseur, est l'obligation de transmission du savoir-faire.

Celle-ci s'effectue de quelque manière que ce soit : remise de la « bible », ou de documents informatiques, voire vidéos, formation initiale, stages, intéressant le franchisé lui-même mais aussi et surtout les salariés. L'un des difficultés traditionnelles de la mise en œuvre d'un tel contrat repose sur le point de savoir si ces éléments de communication doivent être à la charge du franchiseur ou du franchisé. Du point de vue du droit commun des contrats, on peut considérer qu'il s'agit d'une obligation de délivrance de sorte que les frais de retraitement seraient par nature à la charge du franchisé (217) mais on pourrait tout aussi bien considérer que l'obligation de communication est une prestation qui doit donc s'exécuter, sans doute comme un obligation de résultat, en sorte que les conditions d'exécution devraient être à la charge du franchiseur. Rien n'interdit, en toute hypothèse, de mettre l'ensemble des coûts à la charge du franchisé. C'est le cas, généralement, des formations initiales et des frais accessoires à celles-ci.

64 Mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle. Le franchiseur doit également mettre à la disposition du franchisé les signes de ralliement de la clientèle ce qui inclut un nombre souvent très important d'éléments : enseigne, marque(s), charte graphique, etc.

Il pourrait s'agir d'une licence de marque, notamment lorsque le franchisé est chargé de « produire » le produit ou le service réalisé par le franchisé ou bien une simple mise à disposition de ces signes distinctifs.

Il en résulte que, outre le fait que les signes distinctifs doivent exister, ils doivent également permettre de rendre performant le savoir-faire franchisé de sorte que le franchiseur doit être en

217 Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, n°701.

mesure de réaliser des investissements publicitaires pour valoriser ces signes distinctifs.

65 Exclusivité territoriale. Quoique souvent précisée dans les contrats de franchisage, l'exclusivité territoriale n'est pas considérée comme étant de l'essence du contrat de franchisage⁽²¹⁸⁾, ce dont il résulte que le contrat n'est pas nul du seul fait qu'il ne contient pas de clause d'exclusivité territoriale, ni que le contrat de franchisage contient une telle exclusivité territoriale de fait ou résultant simplement de la situation spatiale du franchisé, ni encore qu'il ne serait plus un contrat de franchisage et devrait ce faisant être requalifié⁽²¹⁹⁾.

Une telle clause est cependant très fréquente car elle rassure le franchisé qui est alors certain de ne pas subir la présence d'un contrat concurrent sur le territoire ainsi défini.

L'exclusivité territoriale consentie peut ainsi être une exclusivité quant à la activité franchisée : le franchiseur s'interdit alors de d'implanter un autre point de vente franchisé sur le territoire déterminée par l'exclusivité. Il peut s'agit d'une exclusivité d'approvisionnement, ordinaire, ou encore une exclusivité d'enseigne ou de marque, par laquelle le franchiseur s'interdit d'implanter un distributeur quelle que soit la méthode utilisée, sur le territoire ainsi désigné. Quelle qu'elle soit, ou ses combinaisons, le franchiseur doit respecter une telle exclusivité territoriale, quand bien même elle ne serait pas de l'« essence » du contrat de franchisage, sauf à engager sa responsabilité contractuelle et justifier la résiliation, éventuelle du contrat⁽²²⁰⁾. Toutefois, et comme toutes les clauses d'exclusivité territoriale, elle s'apprécie strictement, en fonction des termes contractuels

218 Cass. com., 19 nov. 2002, n° 01-13.492, RJDA 2003, n° 482 ; CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, Pronuptia, préc.

219 Cass. com., 28 janv. 1980, JCP G 1981, II, 19533, note J. Azéma, Cass. com., 16 janv. 1990, D. 1990, somm. p. 369, obs. D. Ferrier, Cass. com., 19 nov. 2002, préc.

220 Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, n° 04-10.051, JCP G 2006, I, 10119, note O. Deshayes, D. 2006, p. 1454, note Y. Rouquet, RDC 2007, p. 419, obs. M. Behar-Touchais, à propos d'une exécution en nature de l'obligation, mais dans un contrat de bail.

prévus et non au-delà (221) et pour autant que la violation soit imputable au franchiseur (222). Ainsi, n'est pas imputable au franchiseur la création d'un site Internet par le franchiseur (223), ni le fait que le franchiseur acquiert des magasins directement (224) ou encore implante un magasin sous une autre enseigne (225).

En outre, en présence de clause d'exclusivité territoriale, le franchiseur doit assurer la police du réseau (226) et faire respecter l'exclusivité concédée contre la violation de l'exclusivité par l'un des franchisés (227) ou par un tiers (228) sauf à engager sa responsabilité (229).

66 Obligation d'assistance. Le troisième élément « caractéristique » de la franchise est l'existence d'une obligation d'assistance (230). Cette obligation est en effet commune à de très nombreux contrats et s'assimile à une obligation d'information. Dans les contrats de franchise, cette obligation prend cependant une dimension essentielle en ce sens que cette obligation est au service de la vérification de l'efficacité de la réitération du savoir-faire.

D'ailleurs, les lignes directrices de 2010 considèrent que

221 Cass. com., 6 avr. 1999, RJDA 2000, n° 260, à propos d'un franchisé bénéficiant d'une exclusivité située dans un agglomération et qui revendiquait l'intégralité de celle-ci.

222 Cass. com., 14 janv. 2003, CCC 2003, n°70, obs. L. Leveneur ; LPA 15 juin 2004, p. 14, note E. Baccichetti et J.-P. Dom, à propos de « ventes sauvages » de produits revêtus de la marque du franchiseur sur le territoire de celui-ci.

223 Cass. com. 14 mars 2006, n°03-14639, *Flora partner*.

224 Cass. com. 11 janv. 2000, RJDA 2000, n°260.

225 Cass. com., 19 déc. 2006 : LPA 15 nov. 2007, p. 29, n° 96.

226 F. Chapat, Contrôler sa distribution : l'impossible pari : JCP E 2010, 1893.

227 Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, CCC 2007, n°121, obs. M. Malaurie-Vignal.

228 Cass. com., 3 nov. 2004, JCP E 2005, p. 1324, obs. D. Mainguy.

229 Cass. com., 1er juill. 2003, n° 99-17.183, CCC 2003, n°161, obs. M. Malaurie-Vignal.

230 F. Sergent, L'obligation d'assistance du franchiseur : LPA 2 nov. 2009, p. 7.1

l'assistance donnée au franchisé est un élément primordial de l'absence de restriction de concurrence.

L'assistance est ainsi, comme les signes distinctifs, un élément participant du savoir-faire en sorte que l'absence d'obligation d'assistance réelle pourrait emporter résiliation voire annulation du contrat de franchise (231).

Cette obligation commence dès la conclusion du contrat, dure tout le temps de son exécution et se prolonge jusqu'à la rupture ou la résiliation du contrat de franchisage et doit être continue, et donc non occasionnelle.

L'obligation d'assistance suppose ainsi l'exécution d'obligations de conseils. Elle suppose la présence du franchiseur lors de l'ouverture, les conseils donnés en termes d'aménagement, de gestion, de solution, de publicité.

L'obligation d'assistance est considérée comme une obligation de résultats (232), mais et c'est la difficulté, s'agissant de l'efficacité de cette obligation elle s'apprécie comme une obligation de moyens (233), et doit être individualisée, notamment sur la base de visites, de suggestions voire de critiques, de propositions de solutions. La visite doit faire l'objet d'un compte rendu détaillé et être fournie au franchisé afin qu'il corrige les erreurs repérées (234), mais le franchiseur n'engage pas sa responsabilité dès lors que le franchisé n'a jamais sollicité le franchiseur sur ses difficultés.

Toutefois, l'obligation d'assistance trouve sa limite dans l'indépendance du franchisé de sorte qu'il assume, seul, les risques et la gestion de son entreprise. C'est en ce sens que toutes les obligations qui dépassent l'obligation générale de contrôle de la gestion, de la tenue de la comptabilité et de l'audit du franchisé justifie la rémunération des prestations du franchiseur, à travers les redevances payés par ce dernier.

L'obligation d'assistance suppose aussi que le franchiseur

231 Cass. com., 17 nov. 1998, JCP E 1999, Cah. dr. entr. 1999, n° 2, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, Paris, 5 juill. 2006, rebaudo c/ Speed Rabbit Pizza : D. 2007, p. 1917, obs. D. Ferrier.

232 Cass. com., 1er févr. 1994 CCC 1994, n°93, obs. L. Leveneur.

233 Paris, 23 janv. 1992, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. Ferrier.

234 Cass. com., 20 juin 2006, LPA 9 nov. 2006, p. 22, n° 55.

adapte, modernise, actualise le savoir-faire, les signes de ralliements de la clientèle et qu'il communique ce faisant les nouveautés à tous les franchisés (235), notamment par une formation continue, des revues internes, des conférences, souvent dites « conventions », des animations, des promotions, etc.

L'ensemble s'inscrit dans une exigence de cohérence contractuelle : le franchiseur doit faire en sorte que le franchisé réussisse la réitération de l'expérience commerciale franchisée et doit faire en sorte que le réseau, dont le contrat fait partie, maintienne son dynamisme et se développe.

Cela étant, le contrat de franchise n'est pas une garantie de rentabilité de l'activité du franchisé, ce dernier reste maître de son exploitation et assume le risque de son entreprise, sous la réserve, cependant, des conséquences de l'arrêt du 4 octobre 2011 (cf. supra) qui avait fondé le principe de l'erreur sur la rentabilité commise par le franchisé et qui implique un regard sur la conception que l'on se fait du contrat de franchise : offre-t-il une simple espérance de réussite, dont la réalité dépend de facteurs diffus comme la qualité du savoir-faire, l'action du franchisé, l'intérêt commercial du point de vente, etc. ou bien au contraire, le contrat de franchise est-il considéré comme une forme d'homothétie contractuelle : le franchisé reproduit l'expérience du franchiseur ; cette expérience, établie et fructueuse, suppose la réussite du franchisé. Sans répondre précisément à cette question, l'arrêt de la cour de cassation du 4 octobre 2011 permet indirectement de se positionner dans cette deuxième considération du contrat de franchise : l'erreur commise sur la rentabilité de l'activité exercée permet l'annulation du contrat. Ce dont il résulte que l'aléa contractuel résultant de la conclusion d'un contrat de franchise est supporté par le franchiseur.

Cette considération n'est pas propre à exonérer le franchisé de ses fautes ou de ses erreurs de gestion, mais simplement de faire peser le risque indépendant du franchiseur ou du franchisé sur le franchiseur.

235 Paris, 21 et 29 janv. 2009, LPA 13 nov. 2009, p. 45, n° 109.

67 Approvisionnement et fourniture. Pour autant qu'elle soit valable (cf. supra), et donc si elle est indispensable pour préserver l'identité et la réputation du réseau, la clause d'approvisionnement, exclusif ou non, doit alors être exécutée (236).

68 Obligations du franchisé. Le franchisé est un commerçant, en principe (mais il pourrait être un artisan, un professionnel libéral voire un agriculteur), indépendant et le plus souvent organisé sous la forme d'une personne morale, ne serait-ce que pour éviter l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail, voire pour détenir une participation dans la société du franchisé (237).

Les conséquences de l'absence d'indépendance du franchisé, outre l'article L. 7321-2 du Code du travail, impliquent l'éventuelle requalification du contrat de franchise, en une formule d'intermédiation du commerce, par exemple en contrat de commissionnaire voire d'agence commerciale.

69 Exécution conforme. L'obligation du franchisé étant de réitérer le savoir-faire, et en supposant que le savoir-faire permette effectivement la réussite du franchisé, il en résulte que ce dernier doit se conformer strictement aux normes de la franchise dans les conditions posées par le contrat : le non respect des exigences en termes de présentation des produits, de gestion comptable, d'aménagement du point de vente.

Le non respect de cette obligation emporte la mise en œuvre des mécanismes de sanction, telles que prévues par le contrat ou par les règles du droit commun supplétif des contrats (238). La sévérité du franchiseur en la matière est en outre parfaitement compatible avec les règles du droit de la concurrence, dont les lignes directrices de 2010, comme auparavant celles de 1999 et le

236 Cass. com., 28 juin 2005, LPA 8 mars 2006, p. 9, obs. D. Mainguy, J.-L. Respaud et V. Cadoret.

237 D. Cillero Valdevira, La prise de participation par la tête de réseau dans le capital de la société distributrice, CDE 2010, n° 4, dossier 20.

238 Cass. com., 9 déc. 1986 : D. 1988, somm. p. 22, obs. D. Ferrier.

Règlement de 1988, considèrent que le respect des normes de la franchise n'est pas restrictive de concurrence.

Le franchisé est ainsi tenu d'exécuter le contrat dans les lieux, dont l'aménagement, l'architecture parfois, la décoration sont définis par le franchiseur. Il peut ainsi s'opposer à toute modification et même au transfert du local.

Il peut être tenu de n'utiliser que des éléments matériels d'exploitation préconisés par le franchiseur, éventuellement d'ailleurs sous la forme d'une obligation d'acquérir ces éléments auprès du fournisseur, sous la réserve, cependant, des limites posées par le droit de la concurrence sur ces engagements d'exclusivité d'achat : ils doivent être nécessaire à la préservation de l'identité du réseau et du savoir-faire. C'est par exemple une question très précise pour les franchises de restauration ou d'hôtellerie, voire de bars, mais également dans d'autres secteurs, et la démonstration de ce caractère essentiel repose sur le franchiseur.

Le franchisé doit également respecter les normes de commercialisation : les conseils, la présentation, la démonstration, les services, la garantie, etc., mais également les normes promotionnelles, les jeux, les concours, les anniversaires et la publicité. Il s'agit là encore souvent d'un point d'achoppement entre franchisés et franchiseur, s'agissant de la publicité locale que le franchiseur peut exiger du franchisé, avec l'assistance ou l'aval du franchiseur. Enfin, s'inscrit dans cette hypothèse, la question du respect des prix préconisés par le franchiseur, sous la menace de la sanction des prix imposés.

Se pose en outre, dans ce contrat comme pour les autres types de contrats de distribution, la question de l'utilisation d'un site Internet par le franchisé. Toutefois, si, en droit commun des contrats de distribution, il ne semble pas possible d'interdire à un distributeur d'utiliser l'Internet, on peut se demander si cette interdiction, ne permettrait pas de constituer l'une des exceptions posées en droit européen de la concurrence (cf. supra), pour autant que la démonstration puisse être faite que l'interdiction d'un site Internet soit conforme d'une part au savoir-faire tel qu'il est communiqué et d'autre part, que la restriction soit indispensable au savoir faire.

En outre, le franchisé, tenu d'appliquer les normes de commercialisation de la franchise doit participer à l'exécution de cette obligation.

Ainsi le franchisé peut être tenu de suivre, ainsi que son personnel, la formation initiale dispensée par le franchiseur, mais également la formation continue, les « conventions », les stages, de formation, etc., quand bien même ils seraient effectués à titre onéreux (239).

Participe de la bonne exécution de ses obligations, le respect d'une clause de confidentialité par le franchisé, liée à la non communication des éléments communiqués, et d'imposer la stipulation d'une telle obligation à son personnel, mais encore le respect d'une obligation de non concurrence, et par exemple de ne pas exercer une activité similaire à celle franchisée dans un territoire où il concurrencerait le franchiseur ou un autre franchisé (cf. Lignes directrices, pt 45), voire de ne pas participer au capital d'une telle entreprise (240) et dont l'étendue dépend du contenu du contrat et des incidences concurrentielles : ainsi la clause de non concurrence se justifie-t-elle pour l'intérêt du réseau et la préservation du savoir-faire, mais il n'est pas certain qu'une clause interdisant d'exercer des activités complémentaires ou accessoires soit valable de manière si évidente.

En outre, le franchisé doit être en mesure d'informer le franchiseur sur son activité, de manière à favoriser le contrôle réalisé par le franchiseur, s'agissant de ses comptes, de son activité, de son personnel, etc., mais également toutes les difficultés qu'il rencontrerait dans l'exploitation de son point de vente ou encore les éléments favorables, les éventuelles améliorations du savoir-faire qu'il pourrait identifier.

70 Obligation de payer le prix de la franchise. Le contrat de franchise est un contrat à titre onéreux, comme les autres contrats de distribution, mais ici, cette onérosité passe le plus souvent par une contrepartie directe qui s'exprime par une

239 Cf. Paris, 14 févr. 1991, D. 1993, somm. 392, obs D. Ferrier.

240 Cass. com., 16 janv. 2007, n° 04-10.823, LPA 15 nov. 2007, p. 36, n° 122.

obligation de payer des sommes d'argent.

Celles-ci sont le plus souvent distinguées selon qu'elles sont le paiement d'un « droit d'entrée » ou de « redevances », lesquelles sont licites au regard du droit européen de la concurrence (Lignes directrices, pt. 189).

Le droit d'entrée est parfois considéré comme le paiement de la mise à la disposition du franchisé des éléments nécessaires à la répétition du savoir-faire, tandis que la redevance serait la rémunération de l'assistance par le franchiseur.

Cette distinction, et la correspondance entre le prix payé et la contrepartie obtenue peut cependant être discutée, et pas seulement pour des raisons comptables ou fiscales.

Ainsi, on considère parfois que le droit d'entrée est la contrepartie du droit d'accès à la franchise pourrait conduire à considérer que le savoir-faire serait une immobilisation incorporelle chez le franchisé. Semble militer en ce sens l'obligation de paiement du droit d'entrée à chaque renouvellement.

Cependant, cette considération est souvent incorrecte du point de vue du droit des contrats : le droit d'entrée est plus vraisemblablement la contrepartie du savoir-faire communiqué par le franchiseur, tandis que les redevances sont la contrepartie des autres éléments, des signes distinctifs et de l'assistance. S'ajoute souvent une redevance visant à la participation à la publicité nationale du franchiseur, mais également le prix des diverses formations, sans compter le prix de l'activité elle-même, les éléments cédés par le fournisseur ou les approvisionnements, s'il y a lieu.

Le plus souvent, le droit d'entrée est déterminé de manière forfaitaire, tandis que les redevances sont envisagées de manière proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par le franchisé (d'où l'importance du contrôle réalisé par le franchiseur, puisque les redevances dues dépendent de cette information), ou bien un minimum forfaitaire auquel est ajouté un prix proportionnel. La plupart des contrats prévoient des exigibilités précises, dont le non respect est une cause légitime de résiliation du contrat. Parfois, des mécanismes plus complexes sont envisagés et de validité douteuse, comme la perte des ristournes qui seraient dues

sur l'année, alors que le contrat est résilié par le franchisé, ou encore le report du paiement du droit d'entrée à la fin du contrat, et calculé proportionnellement au chiffre d'affaires du franchisé, et qui ne l'incite guère à mettre fin au contrat (241).

241 Cf. Projet d'article L. 340-4 C. com., issu du « projet Lefebvre, D. 2010, p. 85, obs. M. Malaurie-Vignal.