

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.

DEUXIEME PARTIE

LES REGLES COMMUNES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

¹ La notion de « contrat de distribution » ou « d'accord de distribution », ne présente pas de sens normatif universel. Ce qui est ici présenté comme relevant de ces accords de distribution sont les accords de distribution intégrés ou en réseau, distingués d'autres types de contrats de distribution, comme les contrats de la grande distribution ou les contrats de représentation ou encore les relations élémentaires de la distribution, et envisagés de manière particulière. Si ces contrats sont *a priori* des contrats qui relèvent du secteur « distribution », ils ne correspondent cependant pas aux mêmes logiques économiques ni aux mêmes enjeux. Sont ici rassemblés les contrats qui, au départ étaient fondés pour organiser contractuellement les opérations des distributeurs qui envisageaient d'acheter pour revendre, même si certains de ces contrats, comme le contrat de franchise, intéressent également la distribution de services. Encore, l'étude précise de ces contrats sera elle-même envisagée de manière particulière, comme relevant des règles *particulières* des contrats de distribution. Encore cette présentation entre règles *communes*, et donc subsidiaires, et règles *particulières* ou prioritaires, des contrats de distribution aurait pu être envisagée de manière très

différente. En effet, certaines règles qui seront ici décrites comme des règles communes ne le sont pas tout à fait, par exemple celles sur les obligations précontractuelles d'information, qui supposent que les conditions posées par l'article L. 330-3 du Code de commerce soient rassemblées, ce qui n'est pas le cas de tous les contrats de distribution. Il reste cependant que les fonctions de ces contrats particuliers de distribution sont trop homogènes, en tant qu'ils cherchent, à quelques détails près, à réaliser une opération économique voisine, à telle enseigne que ces contrats se présentent parfois comme des concurrents.

2 Les contrats de distribution sont des contrats d'affaires, en tant qu'ils sont conclus entre des entreprises, en vue de réaliser un profit, classique, fondé ou bien sur la marge réalisée à l'occasion d'une revente ou d'une prestations de services ou bien sur une commission réalisée à l'occasion d'une opération d'entremise d'une telle opération.

Ces accords peuvent être simples basés sur des ventes ou des prestations de services élémentaires ou sur des contrats plus élaborés, parfois très sophistiqués en tant qu'ils épousent des modèles économiques eux-mêmes complexes.

Une autre manière de présenter ces contrats repose sur la distinction selon que le distributeur est un opérateur réellement indépendant du fournisseur, c'est-à-dire que le fournisseur n'impose pas ou peu de sujétions sur les conditions de la revente, ou bien au contraire selon que le distributeur est, plus ou moins largement, contraint, contrôlé, « soumis » au fournisseur par tout une série de mécanismes (exclusivité, quotas, savoir-faire, assistance, etc.), de manière à assurer une certaine uniformisation des conditions de la revente.

En France, « l'histoire » du droit de la distribution repose sur l'élaboration de contrats fondés sur la vente et la revente, par des contrats de concessions commerciales, organisant des « réseaux de distribution », lesquels sont établis sur la base d'une figure contractuelle particulière, celle des contrats-cadres, dont on peut alors envisager la construction (Titre 1).

TITRE I

LA CONSTRUCTION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

3 Bien souvent le prétendu contrat de distribution est une simple vente à laquelle est associée une clause un peu originale, du point de vue du droit de la vente, comme une clause d'exclusivité, une clause de minima, une clause de rendement, etc. Cette vente est alors à exécution échelonnée dans le temps, mais c'est une vente, tout simplement : la chose et le prix ont été déterminé au moment de l'échange des consentements, seules les modalités de livraison et de paiement dérogent au modèle classique de la vente.

4 Un type de contrat émerge cependant, on les appelle des *contrats-cadres*, en ce qu'ils permettent de proposer des techniques de gestion de la distribution dans le temps. Le contrat-cadre est un contrat qui a pour objet de définir les conditions dans lesquelles des contrats d'application futurs, des ventes le plus souvent, seront conclus. Le contrat cadre est donc essentiellement un contrat préparant la conclusion d'une multitude de contrats à venir. Il se distingue d'une vente à exécution successive, à livraison et paiement successifs, ne serait-ce que parce que la formule associant contrat-cadre et contrats d'application nécessite une multitude de consentements successifs (1). Il se distingue également d'une formule comme celle du contrat d'abonnement qui n'est jamais que l'engagement préalable de conclure des contrats de vente dans le futur.

5 Plus récemment, cette question se retrouve à travers la considération des **relations commerciales établies**, formule

1 Cf. J. Gatsi, Le contrat-cadre, Bibl. dr. priv., t. 273, préf. M. Behar-Touchais, LGDJ, 1996, n^{os} 232 s.

que l'on retrouve, notamment, dans le texte de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, texte qui sert désormais de fondement textuel à la rupture des « relations » de distribution, qu'elles soient des relations contractuelles organisées, comme elles pourraient l'être sur le fondement de contrats cadres ou moins organisées, comme des successions de ventes.

6 L'ensemble, en toute hypothèse, se fonde sur l'idée de **relations durables** et donc sur cette composante particulière qu'est celle du **temps dans le contrat**, composante contractuelle qui est relativement ignorée par le droit des contrats en général, du moins dans le droit légiféré des contrats. Or c'est cette composante qui justifie le particularisme de **contrats de longue durée** : la prévision contractuelle, la gestion de la détermination de l'objet, du changement de circonstances économiques et donc du changement, parfaitement prévisible, de circonstances essentielles pour l'exécution du contrat, soit dans le contrat lui-même, comme les gammes de produits, les prix, voire les parties elles-mêmes à travers l'idée que l'éventualité de la circulation du contrat est une donnée élémentaire d'un contrat de longue durée, ou hors du contrat, comme la question des hausses de certains coûts, les circonstances de la distribution, l'environnement concurrentiel, les évolutions techniques, etc., ou encore la question de la rupture du contrat. **Un contrat de longue durée n'est pas un contrat de durée infinie** : qu'il soit un contrat à durée indéterminée ou un contrat à durée déterminée, la rupture du contrat, fracassante ou négociée est inéluctable.

7 L'originalité de la formule justifie que l'on s'attarde un temps sur cette figure contractuelle (Chapitre 1) avant de revenir, plus classiquement à la question de la qualification des contrats de distribution (Chapitre 2) et de leur contenu (Chapitre 3).

CHAPITRE 1. – LE CAS PARTICULIER DES CONTRATS CADRES DE DISTRIBUTION

8 Le contrat-cadre est une catégorie de contrat relativement

récente proposée pour analyser les relations juridiques établies sur la base d'un contrat de distribution entre un fournisseur et un distributeur, sur le long terme et dépassant les simples ventes.

Une première technique de distribution, élémentaire, repose en effet sur des contrats de vente : un fabricant vend ses produits un distributeur, un revendeur. Le support de la distribution est ainsi une succession de ventes qui pourrait, elles-mêmes, être isolées. Dans cette situation, le fabricant et le distributeur sont, juridiquement, parfaitement indépendants. Une manière de restreindre cette indépendance, et notamment celle du distributeur à l'égard du fabricant, consiste à ajouter des obligations à la charge du distributeur : exclusivité, utilisation de signes distinctifs, obligations liées à la revente, minima d'achats, etc. Dès lors, cette relation peut être organisée par un contrat particulier, un contrat-cadre : le contrat-cadre encadre et prépare la conclusion des contrats d'application, les ventes.

Parfois cependant l'accord-cadre se distingue d'autres contrats ou documents contractuels intéressant l'opération de distribution, comme des conditions générales, des accords de coopération, de barème de prix.

De même, il est très fréquent que les accords-cadres se présentent sur la base de deux documents joints, à la manière des contrats d'assurance, avec une partie commune à tous les contrats conclus par le fournisseur avec les distributeurs et dit « *conditions générales* » et une partie spécifique à la relation contractuelle singulière et où on peut alors trouver des éléments relatifs à une exonération d'exécution d'une obligation, l'ajout d'une autre, etc.

Presque toute la distribution des boissons dans les bars, les hôtels ou les restaurants (il s'agit de « *contrats de bière* ») est ainsi organisée, de même que la distribution de l'essence (contrat de pompiste de marque, aujourd'hui en voie d'abandon), des parfums (contrats de distribution sélective) et également de nombreux autres produits.

On situe par exemple le premier contrat de franchise importé des États-Unis, le contrat *Rodier*, vers 1935. De même, la première intervention législative musclée date de 1943 (cf. *infra*, n°) pour des clauses d'exclusivité incluses dans des contrats

conclus entre les deux guerres.

L'intérêt de la formule tient alors à au moins deux avantages procurés par ces contrats. Le contrat-cadre, comme son nom l'indique, assure l'encadrement, l'organisation, par avance de l'ensemble des règles contractuelles qui gouverneront les innombrables futurs contrats d'application qui seront, tous, conclus sur le même modèle qu'identifie le contrat-cadre. Ces contrats d'application sont, alors conclus selon la procédure, l'ampleur et le rythme qu'envisage le contrat-cadre : de simples bons de commande suffiront à former les ventes, l'acheteur sera ou non débiteur d'une obligation d'exclusivité, il devra ou non se soumettre à des clauses de quota, etc. Le contrat-cadre est ainsi une sorte de contrat préparatoire aux contrats d'application. Toutefois, il ne s'analyse pas en une promesse de vente quand bien même il comprendrait des obligations posées en termes de quota, obligeant donc la conclusion d'un nombre minimal de contrat d'application (2).

En outre, la distinction entre le contrat-cadre et les contrats d'application du point de vue de la nature même de ces contrats s'affectue sans difficulté. Si par exemple une vente d'application, internationale, est soumise à la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM), il n'en résulte pas que le contrat-cadre soit lui-même soumis à cette dernière (3). De même, la contrepartie de l'obligation de payer le prix d'un contrat d'application est celle de l'obligation de délivrance de la chose vendue, et non la perpétuation du contrat-cadre (4). Cette distinction s'explique par le fait que le contrat d'application, une vente, ne peut ainsi emporter sa qualification spécifique au contrat cadre, mais elle n'exclut pas, cependant, des liens, du type de ceux observés dans les groupes de contrats. Ainsi, si le contrat cadre comprend une clause de loi applicable, une clause compromissoire ou une clause attributive de compétence et qu'il n'est pas expressément précisé que celles-ci valent pour les

2 J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution*, thèse Montpellier, 2000.

3 Cass. civ. 1ère, 15 mars 1988, n°86-10875, Bull. civ. I, n°83.

4 Cass. com. 12 juill. 2006, n°06-12507, pour un contrat de franchise.

contrats d'application, on peut supposer cependant que la référence est implicite ou bien que ces clauses s'appliquent aux contrats d'application, du fait de leur insertion dans ce groupe de contrats.

9 Si les contrats-cadres ont été très étudiés dans les années 1970 à 1990 c'était notamment en raison de l'application de la jurisprudence sur la détermination du prix ou bien, de manière moins importante, la réglementation du refus de vente, qui ne valait pas en cas de refus de conclure un contrat cadre ou encore pour les distinguer des conditions générales de contrat (5), de sorte que, aujourd'hui cette étude théorique a beaucoup perdu de son utilité.

Il demeure qu ces contrats, en tant qu'outils, sont fondamentaux. Ils ont tous pour objectif d'organiser une relation qui appelle la conclusion de nombreux contrats de même type sur une longue période.

En outre ce type de contrat assure une sécurité juridique pour les deux parties sur la durée, souvent déterminée de ces contrats, comparée à la précarité de contrats de vente conclu à la chaîne ou au coup par coup, uniquement protégés par le préavis dû en cas de rupture d'une telle *relation commerciale établie* qui se serait instaurée (C. com., art. L. 442-6, I, 5°) ou à celle de contrats d'entremise également soumis à une rupture *ad nutum* seulement compensée par l'obligation, parfois, de verser une indemnité de rupture, pour les *mandats d'intérêt commun* (cf. infra, n°).

Certains ont en outre pour vocation de créer des réseaux selon un modèle contractuel type, que ces contrats reproduisent, comme c'est le cas des contrats de franchise ou des contrats de concession commerciale. Illustre cette formule l'organisation des réseaux de distribution automobile. Un fabricant concédant

5 Cf. J. Ghestin, La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y rattachent, JCP éd. E, 1997, suppl. n°3/4, p. 7 ; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, Le contrat-cadre par delà les paradoxes, RTDcom. 1996, p. 179, A. Brunet et A. Ghozi, La jurisprudence de l'assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, D. 1998, Chron., p. 1 ; Ch. Lavabre, Eléments de problématique du contrat-cadre, RJDA 2002, Chron., p. 603.

conclut un contrat de concession avec un concessionnaire qui précisera les relations entre les parties (marque, service après vente...) mais aussi tout ce qui concerne les ventes de voitures, futures.

Ce sont donc par ailleurs des contrats préparatoires des ventes futures qui seront conclues entre les deux contractants voire avec un tiers (Cf. *infra*, n°). Mieux, même, ces contrats-cadres préparent les ventes d'application mais aussi les reventes qui seront conclues par le distributeur aux consommateurs, signe de l'intérêt porté par le fabricant à l'activité du distributeur et source d'intervention législative ou prétorienne protectionniste pour ce dernier (6). Mieux encore cette préparation serait nécessaire si on admet que la plupart des contrats-cadres contiennent une obligation de conclure des contrats d'application (7).

Ces contrats sont très souvent des contrats de distribution intégrée dans cette nouvelle discipline qu'est le droit de la distribution. Ce n'est, cependant, pas le seul domaine dans lequel ces contrats prospèrent. Le droit du travail à travers les conventions collectives de travail, le domaine du droit bancaire et financier (les cessions de créances professionnelles par bordereau dit « *Dailly* » s'effectuent sur la base d'un contrat-cadre, comme les opérations d'affacturage, le secteur de la publicité, de l'assurance, de l'agro-alimentaire avec les contrats d'intégration (dans lesquels un producteur d'aliments pour bétail assure à un éleveur une assistance financière et lui fournit des animaux à élever en échange d'une exclusivité d'approvisionnement, connaissent cette technique contractuelle en vogue.

¹⁰ Il reste que ces contrats, quel que soit leur modèle ou leur construction sont ceux qui ont attiré l'essentiel des grandes évolutions de la jurisprudence du droit des contrats, notamment sur le terrain de l'interprétation de l'exigence d'exécution de bonne foi de l'article 1134, al. 3 du Code civil, comme on pourra l'observer.

6 D. Mainguy, *La revente*, Litec, 1996, op. cit., n°s 256 s.

7 En ce sens, J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution*, thèse Montpellier, 2000.

CHAPITRE 2. – LA QUALIFICATION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

11 Absence de qualification particulière. Les contrats de distribution ne disposent d'aucune qualification légale, ils ne sont pas réglementés particulièrement, ni généralement, par quelque loi que ce soit, sinon de manière diffuse, les articles L. 330-1, 2 et 3 s'agissant de l'obligation précontractuelle d'information ou de l'obligation d'exclusivité, ou encore l'article L. 442-6 du Code de commerce pour certaines de ses parties, notamment sur la rupture brutale des relations contractuelles.

Les « qualifications » données sont en réalité des techniques de « désignations » au sens où un titre au contrat est usuellement offerte, au gré des habitudes contractuelles d'un secteur particulier ou des besoins de la pratique confrontés à « l'offre » juridique de modèles contractuels : contrats de franchise, de concession, d'approvisionnement, de fourniture, de distribution sélective, de partenariat, de « corner », de « stand », de « management », de commission-affiliation, de référencement, etc.

C'est donc souvent de manière indirecte que ces qualifications ont prospéré, soit sous l'idée qu'une forme de dépendance économique s'organisait par ces contrats, imposant un certain nombre de conséquences juridiques, soit qu'ils pouvaient être rapprochés d'autres formes connues, et protectrices, comme celle des mandats d'intérêt commun, à moins qu'il s'agisse de présenter les techniques de désignation et des modèles qui en résultent.

12 Contrats de dépendance? S'agissant des contrats-cadres de distribution les règles du droit de la concurrence jouent un grand rôle. Ces règles et, notamment, les articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce qui répriment les pratiques anticoncurrentielles, dont les ententes et les abus de domination, s'intéressent de plus en plus aux restrictions verticales de concurrence, c'est-à-dire aux accords conclus entre des

opérateurs situés à des niveaux différents — un producteur et un distributeur par exemple — qui pourraient restreindre le jeu de la concurrence sur un marché donné.

Or, les contrats-cadres de distribution contiennent très souvent des clauses (8) qui assurent cette restriction, vers une forme de subordination. La clause d'exclusivité, par exemple, impose à son débiteur de ne contracter qu'avec son créancier et interdit de contracter avec un tiers. La clause de quotas impose à son débiteur, le distributeur-acheteur le plus souvent, d'acheter des quantités minimum de marchandises. La formule ressemble alors à celle qui résulterait d'une promesse d'acheter, voire d'une vente à terme si les choses et le prix sont déjà définis, à moins que l'identification d'une obligation de conclure des contrats d'application ne permette de l'expliquer.

Pour ces raisons, on estime parfois que ces contrats-cadres peuvent provoquer une situation de dépendance économique du distributeur à l'égard de son contractant (9) de laquelle découle certaines interventions législatives et jurisprudentielles, comme la question du contrat d'intérêt commun, tenant à la législation du contenu de ces contrats. L'observation de ces relations contractuelles en des termes relevant du droit du travail, subordination juridique, rapport de domination et finalement dépendance juridique ou économique. La seule véritable intervention législative probante est l'instauration en 1986 de l'abus de situation de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2), finalement peu usitée (10). S'ajoute l'interprétation de l'article 1112 du Code civil à la violence économique (11) pour

8 V. pour des définitions, D. Mainguy (dir.) Dictionnaire de droit du marché, Ellipses, 2008.

9 Cf. not. G. Virassamy, Les contrats de dépendance, Bibl. dr. privé, t. 190, LGDJ, 1986 ; T. Revet, Les apports au droit des relations de dépendance : RTD com. 1997, p. 37 s., V. Lasbordes, Les contrats déséquilibrés, préf. C. Saint-Alary-Houin : PUAM, 2000.

10 Cf. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, Droit de la concurrence, Litec, 2010.

11 Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-15242, JCP E 2001, p. 571, note R. Secnazi, JCP G 2001, II, 10461, note G. Loiseau, CCC 2000, n°142, obs. L. Leveneur (à propos d'une transaction) ; Cass. civ. 1ère, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, Comm. com. électr. 2002, comm. 80, note C. Caron ;

autant cependant que celle-ci soit illégitime, ce qui ne signifie pas qu'une situation de concurrence le soit nécessairement.

Observons cependant qu'une telle différence de puissance économique n'est ni systématique ni uniforme. Ainsi, une dépendance économique a souvent été observée en défaveur du distributeur et en faveur du producteur. Cette situation peut être observée lorsque le producteur met en place un réseau organisé de distribution.

Inversement, la « *grande distribution* » révèle une dépendance au profit des distributeurs et en défaveur des producteurs, en raison de l'organisation des achats qui résulte du regroupement à l'achat sur les contrats d'achat ou de référencement dont la France s'est fait le champion.

13 Contrat d'intérêt commun? Si dépendance il y a, la question se pose très vite de savoir si une certaine protection du partenaire dépendant n'est pas méritée.

Historiquement, ce souci fut déjà rencontré au siècle dernier par certains mandataires qui se plaignaient de la facilité avec laquelle les mandants pouvaient mettre fin à leur contrat une fois que, eux, les mandataires avaient prospecté voire créé une clientèle. La jurisprudence découvrit, alors, la théorie du *mandat*

D. 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et p. 1862, note J.-P. Chazal ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages. Adde : B. Edelman, De la liberté et de la violence économique, D. 2001, chron., p. 2315 s., G. Loiseau, L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique, Dr. et patrimoine, sept. 2002, n° 107, B. Montels, La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD com. 2002, p. 417 s., G. Nourissat, La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? D. 2000, chron. p. 369 s. ; M. Boizard, La réception de la notion de violence économique en droit, LPA 16 juin 2004, n° 120, p. 5 s. ; P. Chauvel, Violence, contrainte économique et lésion, Mél. A.-M. Sohm, LGDJ 2004, p. 19 s. ; Y.-M. Laithier, Remarques sur les conditions de la violence économique : LPA 22 et 23 nov. 2004, n° 233, p. 6 s. et n° 234, p. 5 s. ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz 2002, p. 356 s. ; G. Parléani, Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, Mél. Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 881 s.

d'intérêt commun selon laquelle le mandant ne peut mettre unilatéralement fin à un mandat s'il est conclu dans l'intérêt commun des deux parties.

Dans la même veine, la question s'est posée de savoir si cette thèse ne pouvait être élargie aux **contrats d'intérêt commun**(12), qui rassembleraient les contrats-cadres de distribution, et qui interdirait à une partie de mettre fin unilatéralement au contrat. Le législateur a retenu la notion dans la loi du 31 décembre 1989, dite loi Doubin (C. com., art. L. 330-3 >document n°3), mais pour proposer une obligation générale d'information au profit du distributeur (cf. infra, n°), ou bien pour définir l'agent commercial (C. com., art. L. 134-1), cette fois définir le contrat, et non pour établir le régime de l'extinction du contrat qu'elle proposait ou bien pour constituer une sorte d'extension de l'article 1134, alinéa 3, et renforcer la bonne foi contractuelle.

L'idée d'intérêt commun est souvent associée au fait que les contrats concernés seraient des contrats de collaboration dans lesquels un *animus cooperandi* justifierait un esprit de coopération, cet intérêt commun (13) lequel porterait sur la clientèle (14).

Au reste, cette notion est très surprenante. En premier lieu, on ne voit guère pour quelles raisons elle s'arrêterait aux frontières des contrats de distribution et ne gagnerait pas tous les contrats. Surtout, on ne voit guère ce que la notion recouvre, tant il est vrai que tout contrat est conclu pour l'intérêt des deux parties :

12 A. Brunet, Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, Mélanges A. Weill, 1983, p. 85; Th. Hassler, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 612; Ph. Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, Mél. Michel Cabrillac: Dalloz Litec, 1999, p. 127 s.; D. Plantamp, L'intérêt commun dans les contrats de distribution: ALD 1990, p. 177 s.; G. Virassamy, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, JCP E, 1990, II, 15809..

13 Comp. M. Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mél. Gabriel Marty, 1978, p. 235 s.

14 Cf. Ph. Le Tourneau, J.-Class. Contrats, distribution, concession, fasc. 1010, 2010, n° 90; S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution, Litec, 2002.

qu'est-ce donc que cet intérêt commun qui se différencierait de l'*affectio contractus* pour n'apparaître que dans certains contrats seulement ? L'article 1104 du Code civil qui évoque l'équivalence, présumée, des obligations réciproques dans les contrats commutatifs et les règles assurant la police de la cause du contrat suffisent vraisemblablement.

De rares décisions du fond avaient retenu ces principes pour justifier l'obtention d'une indemnité de clientèle au profit du distributeur dont le contrat avait été rompu (15), sans convaincre cependant la Cour de cassation (16).

14 Contrat-cadre sui generis ou contrats-cadres nommés. Aucune qualification véritable ne paraît s'imposer pour les contrats-cadres dans leur généralité, alors que nous avons vu que ce contrat se distingue fondamentalement du contrat de vente à exécution successive. Pour certains, l'existence d'une obligation de conclure des contrats d'application, une clause de quotas donc, serait le critère du contrat-cadre (17).

Surtout, ces contrats sont utilisés dans des domaines forts variés et connaissent des contenus différents selon ces domaines ou selon les besoins des contractants. Ce sont donc des contrats

15 Aix-en-Provence, 31 oct. 1963, JCP G 1964, II, 13647, note J. Hémar ; Lyon, 24 janv. 1964, D. 1965, p. 185, note R. Plaisant ; Amiens, 13 déc. 1973, D. 1975, p. 452, note A. Rolland ; Gaz. Pal. 1974, 1, p. 190, note J. Guyénot ; T. com. Paris, 14 févr. 1979, JCP E 1979, Cah. dr. entr. n° 6, p. 14, note D. Ferrier. Adde : Ph. Becqué, L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive : JCP E 1985, Cah. dr. entr. n° 6, p. 26 s.

16 Cf. not. Pour rejeter la notion de mandat d'intérêt commun : Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142, LPA 3 juill. 2003, n° 132, p. 41, note N. Mathey ; JCP E 2002, Cah. dr. entr. n° 3, p. 33, obs. D. Mainguy ; CCC 2002, comm. 78, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2002, act. jurispr., p. 567, obs. E. Chevrier ; D. 2002, somm. p. 3009, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158, JCP G 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal, CCC 1998, comm. 20, note L. Leveneur ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, et surtout la notion d'intérêt commun

17 Cf. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, n°925 ; Le contrat-cadre, t. 1, op. cit., n° 109 s. ; J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, op. cit., J. Ghestin, La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent, JCP, éd. E, 1997, n° suppl. Cah. dr. ent. 1997/3-4, p. 7.

qui regroupent en leur sein plusieurs opérations simples en une opération globale complexe. Le contrat-cadre, en tant que tel, est donc souvent un contrat *sui generis*.

Pourtant, si l'on observe plus attentivement ces contrats, on s'aperçoit que certains de ces contrats tendent de plus en plus à être nommés. Il s'agit le plus souvent de contrats de distribution que la pratique, d'abord, la jurisprudence ensuite, et la loi, parfois, comme pour les contrats d'intégration agricole de l'art. L. 326-1 du Code rural, enfin, ont nommé.

Il est, alors, assez délicat de décrire ces contrats même si, au fur et à mesure, une unité et une originalité de certains de ces contrats se rencontrent qui permettent de les reconnaître, ce qui est l'apanage des contrats nommés.

L'intérêt tient, surtout, à l'application des règles du droit de la concurrence et, notamment, du droit communautaire de la concurrence. Ces règles, en effet, s'inscrivent par exemple, dans le cadre de règlements d'exemption par catégories qui permettent à ces contrats d'échapper aux sanctions promises par le droit de la concurrence à la condition de se conformer aux strictes prescriptions qu'ils contiennent. D'où l'intérêt de qualifier le contrat pour connaître le règlement ou la solution jurisprudentielle applicables (18).

Toutefois, cette considération s'est évaporée depuis 1999, date d'entrée en vigueur du Règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 qui se substituait à tous les règlements catégoriels anciens (moins le secteur automobile) de sorte que **l'effet de camisole** qui emprisonnait les contrats de distribution dans des qualifications complexes et parfois peu harmonieuses parce que dépendant essentiellement de critères concurrentiels et point contractuels, a disparu.

En même temps, l'opération classique de « *qualification* » échoue face à ce type de contrats (19). C'est moins de

18 Cf. M. Trochu, Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution, D. 1995, chron. p. 179.

19 V. par exemple pour une dénomination de fantaisie parmi d'autres : Cass. civ. 1^è, 8 déc. 1998, CCC 1999, n° 50, obs. L. Leveneur : contrat de partenariat qui ressemble à un contrat de franchise.

« *qualification* » que de classification dont il s'agit alors.

On trouve, ainsi, toute une série de tels contrats-cadres, généralement assez connus. Certains de ces contrats supposent que des contrats d'application seront conclus entre les parties, d'autres qu'ils seront conclus avec un tiers.

15 Ébauche de classification des contrats-cadres de distribution. Les classifications ou descriptions en la matière peuvent être variées. Ainsi peut-on adopter un regard très économique, distinguant les fonctions réalisées par ces contrats de distribution pour opposer contrat de diffusion, de représentation, de spécialisation ou de réitération, ou bien distinguant l'organisation des ventes ou des achats ou bien pour observer que certains contrats assurent une forme d'intégration de la distribution (20) ou plus simplement que ces contrats permettent de créer des réseaux de distribution (21).

Il n'est pas aisé de proposer une présentation efficace des contrats de distribution tant ils empruntent des formes juridiques différentes. Nous n'évoqueront pas, par exemple, le contrat de VRP qui relève du droit du travail et le contrat d'agence commerciale sera abordé comme un contrat de mandat (*Cf. infra*, n°509). Certains auteurs présentent les contrats de distribution selon les fonctions qu'ils assument : accords de spécialisation ou accords de réitération (22), d'autres envisagent des formulations plus descriptives, parlant de « *distribution contrôlée* » par exemple. Ces contrats sont nés de la pratiques des affaires au cours de la seconde moitié du XXème siècle et ne sont pas l'objet d'une réglementation particulière, ce qui pourra surprendre eu égard à l'importance économique de ces contrats et à la croissance des contentieux à leur sujet, à moins de compter les règles particulières en la matière comme la loi *Doubin* ou la loi du 14 octobre 1943, déjà rencontrées (*Cf. Supra*, n°224).

20 Cf. P. Pigassou, La distribution intégrée, RTD com. 1980, p. 473.

21 Cf. L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ, 1995, G. Augendre, Les réseaux de distribution, in la vente éclatée, RJ com. 1997, n° sp., p. 136 ; D. Ferrier, La considération juridique du réseau, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 95.

22 D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit. n°438 s.

Parmi toutes les formes de distribution existantes, la principale distinction scinde les techniques qui assurent une distribution par la même personne, morale le plus souvent, ou par des personnes, morales ou physiques, distinctes.

Lorsqu'il s'agit d'une forme de distribution réalisée par une même personne, la formule la plus aisée à envisager est celle de la distribution par contrat de travail, aussi sophistiqué soit-il. Une forme alternative repose sur le développement du succursalisme (23). Il s'agit par là pour une entreprise, qui peut être un producteur ou un distributeur, de développer des points de vente en différents endroits d'un territoire, points de vente qui lui appartiennent et dans lesquels il utilise ses salariés. Cette forme de distribution intégrée présente plusieurs intérêts. Le premier est d'éviter toute concurrence entre les distributeurs puisque ceux-ci sont en réalité la propriété d'une même personne. Le second est de permettre au producteur de maîtriser de manière totalement libre ses prix de vente, qui peuvent être uniformisés ou non, sans contrainte, pour les mêmes raisons. Les contraintes reposent sur les techniques de maîtrise de ces succursales, qui peuvent reposer sur une technique dite de la gérance salariée, mais aussi celle de mandataire gérant non salarié de succursale, qui repose sur une loi du 3 juin 1944 et aujourd'hui codifiée aux articles L. 782-1 et suivants du Code du travail. Une autre contrainte est financière : l'entreprise doit être en mesure d'assumer financièrement la création et le développement de l'ensemble de ces points de vente sur ses fonds propres. De nombreuses entreprises empruntent cette voie, par exemple dans la grande distribution ou dans la restauration.

¹⁶ Le plus souvent cependant la distribution est réalisée par une autre personne. Il peut s'agir d'une distribution par un contrat d'intermédiaire, quel qu'il soit, mandat, mandat d'intérêt commun, VRP, agent commercial, etc. Il peut surtout s'agir d'une technique de distribution supposant un accord contractuel. Les formules sont multiples, simples ou complexes et définissent

23 J. Daucet, Apparition et développement des entreprises à succursales multiples, Th. Dr. Paris, 1925.

des logiques variables qui dépendant du type de contrat choisi, du mode de distribution retenu ou encore du contexte. Par exemple, la grande distribution alimentaire est organisée selon des techniques succursalistes, purement contractuelles comme des contrats de franchise, ou bien encore des techniques qui mêlent des contraintes contractuelles et sociétaires. On parle à cet effet de « commerce associé » parce que les points de vente sont à la fois indépendants et associés à l'entreprise de la grande distribution qui participe au capital du point de vente. Parfois c'est le producteur lui-même qui organise sa technique de distribution. Historiquement d'ailleurs, c'est ainsi que ce sont organisées les premières « chaînes » de distribution, les premiers réseaux de distribution. On retrouve notamment ces formules dans la distribution automobile par exemple : c'est une entreprise productrice d'automobiles, disposant d'une ou plusieurs marques, qui conclut des contrats de distribution avec des concessionnaires automobiles, le terme « concessionnaire » étant devenu générique et regroupant en réalité bien des qualifications possibles. Cela a longtemps été également le cas des parfumeurs. Aujourd'hui, cependant bien des « chaînes » de distribution sont organisées par des distributeurs indépendants qui créent leurs propres réseaux de distribution, comme dans la distribution moderne des parfums. On a longtemps parlé à leur propos de contrats de distribution intégrée, dans des efforts sémantiques visant à montrer « l'intégration » de ces distributeurs dans une logique unique ne leur appartenant pas (24). Cela autant, toutes ces tentatives de qualification échouent, ou plus exactement, sont soit trop larges pour contenir toutes les hypothèses, soit trop étroites et excluent bien des formules, soit parfois inexacte. Ainsi, ces formules ne permettent pas de déterminer le cas des contrats ou formules qui assurent un regroupement des distributeurs entre eux, quelle qu'en soit la forme, des formules très élaborées de la grande distribution, aux formes plus structurées des centres

24 Cf. P. Pigassou, La distribution intégrée, RTD com. 1980. 473, L. Gimalac, Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension de passif, RTDcom. 1999, p. 601, S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Litec, 2002, not. n°18 s.

commerciaux.

Aussi distinguera-t-on, ici les *contrats qui assurent un mode de distribution en réseau* et les *techniques de distribution par regroupement*.

17 Dans le même temps, des études se sont concentrées sur la **considération juridique du réseau** (25). En effet, un réseau de distribution est un ensemble de contrats, un faisceau de contrats, du type de ceux que B. Teyssié avait décrit dans son étude sur les groupes de contrats (26), un ensemble de contrats identiques ou voisins conclus par une même personne, la tête du réseau, et les membres du réseau, où chacun de ces contrats est ou semble uni par une unité d'objet ou de cause : tous ces contrats sont voisins, ils se ressemblent et poursuivent le même but.

Ainsi en est-il d'un réseau de franchise, conclu par un franchiseur avec ses franchisés. Toute la question, soulevée par L. Amiel-Cosme, est de savoir si la considération juridique de ce réseau permet d'identifier un intérêt particulier, distinct de l'intérêt de la tête de réseau et des intérêts des membres du réseau, qui dépasserait en quelque sorte ces intérêts particuliers, soit pour assurer une personnalité juridique nouvelle, celle du réseau, ou bien pour guider les décisions, et notamment celles de la tête de réseau, de telle manière que celui-ci ne serait, finalement, plus libre de ces décisions : il y aurait ainsi une dimension collective du réseau qui échapperait à son promoteur. On comprend bien que cette présentation du réseau vise, précisément à déposséder le promoteur du réseau de son pouvoir de contractant et de propriétaire de l'entreprise à la tête de ce réseau. Par exemple, la question pourrait se poser de savoir si la cession de l'entreprise tête du réseau suppose ou non le consentement des membres du réseau, de savoir si une action visant à protéger le réseau, son image par exemple, peut être engagée par l'un de ses membres, si les décisions concernant le réseau, la conclusion de nouveaux contrats ou leur résiliation ou bien des changements importants de la stratégie commerciale,

25 Cf. L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, D. Ferrier, *La notion de réseau*, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 107.

26 B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

doivent être prise collectivement.

Cette fiction juridique du réseau, prise dans une telle dimension collective, n'a cependant jamais été retenue, ni même approchée par la jurisprudence en ce sens qu'il se produirait, du fait d'un réseau, des effets juridiques propres à celui-ci qui dépasseraient les effets particuliers des contrats qui le composent ou des intérêts particuliers du fournisseur et des distributeurs (27), quand bien même quelques textes de loi envisagent le terme « réseau » (cf. C. consom., art. L. 122-6, al.3).

Il n'en résulte cependant pas que l'on puisse nier que la notion de réseau de distribution soit sans intérêt : un réseau produit des usages particuliers, un langage, des pratiques, des conflits, des modes de résolution de ces conflits, etc.

En outre un réseau de distribution peut être constitué de plusieurs manières distinctes. Il peut être *intégré* ou *concentré*, par un réseau de succursalistes ou bien de mandataires ; il peut être *associé* dans le cas où les distributeurs sont tous associés au promoteur du réseau, formule que l'on rencontre notamment dans le cas de la grande distribution ; il peut enfin être *contractuel*, comme c'est le cas le plus fréquent et où le seul lien entre le fournisseur et le distributeur est le contrat de distribution.

On peut ainsi observer un certain nombre de traits caractéristiques d'un réseau de distribution.

Ainsi, un réseau est constitué dès lors qu'une multiplicité de contrats est observée et il n'est pas invraisemblable de considérer que chaque membre du réseau doit connaître l'existence des autres. Ainsi, le réseau justifierait la conscience de ce réseau, dans son existence comme dans sa consistance, ce qui pourrait être l'un des fondements de l'obligation précontractuelle d'information.

Un deuxième trait caractéristique repose sur la relative similarité des contrats qui composent le réseau. Celle-ci s'explique par un mimétisme contractuel lié à la circulation de l'information, au fait que chaque contractant est incité à réaliser son activité de la même manière en raison de cette uniformité,

27 Comp. D. Ferrier, La notion de réseau, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 107.

mais surtout par la volonté d'éviter des discriminations. Très présent lorsque cette question impliquait un traitement pénal, puis civil, elle devient cependant moins présente dès lors que seul un traitement concurrentiel pourrait aujourd'hui sanctionner une telle discrimination. Il reste cependant que cette similarité demeure. Elle est cependant relative ; en effet, la plupart des réseaux utilisent des contrats qui comprennent des petites différences, ne serait-ce que parce que chaque contrat est conclu pour des territoires différents, des personnes différentes, etc., mais également en raison de la négociation entre les parties, ou bien parce que la technique de rédaction du contrat n'est pas figée et peut évoluer. Bien souvent également, le fournisseur conclut un contrat sous forme de « conditions générales » assorti de « conditions particulières » qui permettent d'individualiser le contrat.

L'autre grande question posée en termes d'uniformité des contrats se pose au sujet du type de contrat en question. En effet, la question se pose (cf. infra, n°) de savoir s'il est loisible au promoteur d'un réseau de disposer de contrats de plusieurs types, et ce faisant de disposer de plusieurs réseaux concurrents ou complémentaires. Si la question ne suscite guère de difficultés du point de vue des règles du droit des contrats, il pourrait en être autrement au regard de celles de la concurrence. Les autorités de concurrence considèrent cependant qu'une telle coexistence de plusieurs catégories de distributeurs étaient compatibles avec les règles de droit de concurrence (28).

18 On peut aussi retenir une classification fondée sur l'objet de ces contrats. Tous cherchent à organiser des ventes d'application entre les parties du contrat-cadre ou avec des tiers.

Le plus souvent, le contrat-cadre impose la conclusion de contrats d'application entre les mêmes parties. Certains imposent une exclusivité, d'autre point.

La **présence d'un engagement d'exclusivité** est souvent le moyen de rationaliser les approvisionnements ou la fourniture de

28 Cf. Déc. Cons. conc. n°97-D-31, 20 mai 1997, *Distribution de produits d'entretien professionnels* ; CJCE, 25 oct. 1977, *Metro*, Rec. I, p. 1875..

marchandises que l'exclusivité soit imposée à un seul ou qu'elle soit réciproque.

Le **contrat d'approvisionnement exclusif** contient, son nom l'indique, une exclusivité d'approvisionnement en sorte que le fournisseur ne pourra s'approvisionner chez un autre que son fournisseur. En échange, le fournisseur assure au fournisseur une assistance, technique ou financière, comme les contrats dits de pompiste de marque ou les contrats de bière (29). Aujourd'hui, ces contrats sont largement influencés par les règles du droit communautaire de la concurrence. Le **contrat de fourniture exclusive**, à l'inverse, impose au fournisseur de ne livrer que le fournisseur qui reste libre de s'approvisionner ailleurs. La formule intéresse essentiellement le commerce international entre un producteur et un importateur. Observons aussi que ces deux formules contractuelles se rencontrent beaucoup sous forme de clauses d'approvisionnement ou de fourniture, dans les contrats plus vastes.

Certains contrats combinent les deux formules par une exclusivité réciproque par laquelle le fournisseur ne s'approvisionnera que chez le producteur qui, de son côté, ne vendra qu'au distributeur, dans un territoire donné. Le **contrat de concession commerciale** est le modèle de ces contrats (30). Le **contrat de franchise** ou de franchisage, encore différent, est, sans doute, le modèle le plus sophistiqué de ces contrats-cadres. Par ce contrat, le franchiseur ne cherche pas nécessairement à écouler les produits qu'il fabrique. Il cherche, surtout, à réitérer une formule commerciale qui lui a réussi par la transmission de son savoir-faire, de sa marque. Il peut s'agir d'une franchise de service, dans

29 Cf. J.-M. Mousseron et A. Seube, À propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973, chron. 197.

30 Cf. Cl. Champaud, La concession commerciale, RTD com. 1963.451; J. Guyénot, Les conventions d'exclusivité de vente, RTD com. 1963.513; Ph. Bécqué, Le contrat de concession, Thèse dr. Montpellier, 1986; D. Ferrier, V° Concession commerciale, Rép. com.; Ph. Le Tourneau, La concession commerciale exclusive, *Economica*, 1995; J.-Cl. Contr. Distr., fasc. 520) dont les contrats de distribution automobile sont le meilleur exemple (C. Alcalde, La distribution automobile, Etude juridique, Thèse dr. Montpellier, 2010).

l'hôtellerie ou la restauration, par exemple, ou une franchise industrielle, comme dans le domaine de la construction immobilière, ou encore une franchise de distribution. La plupart de ces contrats de franchise (presque tous pour les franchises de distribution) contiennent une obligation d'approvisionnement, souvent exclusive.

L'exclusivité est, cependant, parfois absente des contrats-cadres de distribution. Un contrat d'approvisionnement n'est pas nécessairement conclu avec une formule d'exclusivité ; un contrat de franchise peut être conclu sans exclusivité, etc. Des formules sont parfois plus explicitement conclues sans exclusivité. Le **contrat de distribution sélective** (31) est ainsi un contrat qui se fonde uniquement sur la compétence particulière reconnue à un distributeur ou bien aux qualités esthétiques de son magasin. Ce contrat trouve surtout application dans le domaine de la distribution des parfums de luxe ou de produits techniques très spécialisés. Aucune exclusivité n'apparaît, ni dans un sens, ni dans l'autre et le fournisseur aura, au contraire, intérêt à la promiscuité de ses produits avec des produits de qualité équivalente. L'intérêt est, alors, de ne vendre qu'aux distributeurs qui proposent ces compétences, mais sans restriction quantitative, et le succès de la formule repose sur l'étanchéité du réseau que parviendra à maintenir le producteur.

Parfois, le contrat-cadre propose la conclusion de contrats d'application avec des tiers. Tel est le cas des contrats de bière, conclus entre un brasseur et un bar par exemple alors que ce dernier achètera la bière auprès d'un tiers, un entrepositaire-grossiste, qui l'aura lui-même achetée au brasseur.

Tel est, surtout, le cas des contrats qui intéressent la grande distribution. À la fin de la seconde guerre mondiale, certains commerçants se sont regroupés pour accéder aux tarifs préférentiels accordés par les producteurs aux grossistes. Les groupements d'achat et centrales d'achat organisés par des contrats de commission à l'achat avec les producteurs, ou les centrales de référencement, tiennent aujourd'hui une place essentielle dans l'organisation des relations de la grande

31 J.-P. Viennois, La distribution sélective, Bibl. dr. entr., n° 40, Litec. 1999.

distribution, c'est-à-dire la distribution de masse des produits de consommation courante. Dans ces relations, le producteur conclut un contrat de référencement que l'on peut parfois assimiler à un contrat-cadre puisqu'il détermine le contenu des ventes futures avec une centrale de référencement laquelle est en relation contractuelle avec des hypermarchés à son enseigne par des contrats d'affiliation. Mais les contrats de vente seront conclus directement entre le producteur et les hypermarchés (32).

19 Vente sur Internet. La distribution sur Internet se présente comme une alternative à la distribution « classique » ne serait-ce que parce qu'il n'existe, à la différence de la distribution « réelle » aucune limite dans l'espace ou dans le temps ; la notion même de territoire ne présente aucun sens pour l'Internet. Encore convient-il de distinguer plusieurs logiques, celle de la distribution utilisant l'Internet comme technique de commercialisation, de publicité ou de démarchage où la distribution s'effectue selon les techniques classiques, la distribution sur Internet qui s'effectue comme alternative à la distribution réelle, procédant à des ventes, des paiements en ligne et éventuellement sans aucun magasin traditionnel (33). A bien des égards, d'ailleurs, la question se pose de savoir si un « commerce sur Internet » est bien un fonds de commerce, notamment lorsqu'aucune livraison physique ne s'effectue (34).

Dès lors, la distribution sur l'Internet peut être le fait du fournisseur, producteur ou tête de réseau, par un distributeur isolé ou encore par un distributeur intégré dans un réseau, et par exemple dans un réseau de distribution sélective : les clauses qui seraient mises en œuvre dans le cadre des relations établies entre

32 Cf. M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Bibl. dr. ent., n° 25, Litec, 1991.

33 Cf. D. Ferrier, La distribution sur Internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006, Chron. p. 2594 ; S. Alma-Delette, Les réseaux de distribution et Internet, un panorama des évolutions récentes, RLDI 2009/46, n° 1527, B.-H. Dumortier, ABC pour l'Internet, Dr. & patr. 2002, n° 101, p. 28.

34 O. Savary et E. Dubuisson, Un site Internet est-il un fonds de commerce ?, RLDA 2009/37, n° 2234 ; D. Ferré et M. Troncos, Places de marchés électroniques, Rev. Lamy dr. aff. 2001, n° 39, n° 2453.

le fournisseur et le distributeur au sujet des conditions de la distribution sur Internet seraient alors particulièrement surveillées (cf. infra, n°). Les règles du droit de la concurrence, et notamment les Règlements d'exemption concernant les accords verticaux considèrent que l'Internet doit être considéré comme un espace ouvert que les parties ne sauraient limiter, notamment depuis les lignes directrices du 19 mai 2010 adoptées à la suite du Règlement n°330/2010 (35) et notamment son point 52 ; de telles limitations sont considérées comme des limitations injustifiées. Le contrat de distribution ne saurait ainsi faire obstacle à l'utilisation d'Internet par le distributeur.

En effet, au regard de ces règles, les ventes sur Internet sont considérées comme des « *ventes actives* » mais également comme des « *ventes passives* » et donc considérées comme un moyen raisonnable pour les consommateurs d'accéder aux produits vendus par un offreur, et ce indépendamment de toute limite territoriale. De sorte, les clauses qui empêcheraient ou créeraient des mécanismes empêchant les clients situés sur un autre territoire exclusif de consulter son site ou les renverraient automatiquement vers les sites du fabricant ou des autres distributeurs ou feraient obstacle à un paiement intervenu d'un territoire autre ou encore le fait de limiter la part des produits susceptibles d'être vendus sur Internet ou encore de proposer des prix plus élevés pour les produits revendus sur Internet (36) sont de telles restrictions caractérisées, faisant obstacle à l'exemption d'un contrat à moins qu'elles soient nécessaires. En revanche, le fournisseur peut imposer certaines limitations, comme des normes de qualité de la vente sur Internet et même imposer que le distributeur électronique dispose en outre d'un magasin réel (cf. infra, n°).

En effet, le fournisseur est confronté à plusieurs choix. Il peut en effet choisir de ne pas recourir à l'Internet, de créer un site unique pour tout le réseau, auquel sont éventuellement associés

35 M. Chagny et S. Choisy, Les nouvelles règles applicables aux restrictions verticales de concurrence. Quels changements pour la distribution en ligne ?, JCP G 2010, 774.

36 Cf. J.-C. Grall et Th. Lamy, Internet et la question du "dual pricing", RLC 2010/25, n°1676.

les distributeurs (37) ou bien encore laisser les distributeurs utiliser leur propre site Internet, avec ou sans contrôle par le fournisseur. Or, chacun de ces choix a une incidence sur les contraintes contractuelles posées entre le fournisseur et les distributeurs.

En outre et du fait de l'absence de territoire sur l'Internet, les contrats conclus grâce à l'Internet peuvent être des contrats internes ou internationaux et donc en tirer des conséquences en termes de rédactions des contrats ou des conditions générales de contrat, mais également au regard des éventuelles restrictions à la vente résultant des réglementations spécifiques des pays de destination, situation qui invite à la considération de la conformité de cette réglementation avec les exigences des règles issues du principe de libre circulation. De la même manière, une loi nationale qui limiterait ou interdirait la distribution de certains produits sur Internet pourrait être considérée comme une restriction quantitative à l'importation, par exemple une loi imposant l'existence d'un magasin réel ou toute autre restriction (38).

CHAPITRE 3. – LE CONTENU DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

20 Droit commun des contrats de distribution ? Apparus sous la plume de praticiens, puis adoptés par la jurisprudence puis par certains textes réglementaires, les contrats de

37 Cf. Supra, à propos de la création d'un site par le fournisseur en présence d'une clause d'exclusivité territoriale accordée aux distributeurs, qui n'en est pas une violation (Bordeaux, 26 févr. 2003, RJDA 2004, n°7 ; Cass. com. 14 mars 2006, n°03-14639, RLDA 2006/5, n°277, obs. S. Méar.. Adde J. et B. Jacob, La création d'un site Internet ne peut être assimilée à l'implantation d'un point de vente, RLDI 2006/17, n°500.

38 CJUE, 2 déc. 2010, aff. C-108/09, *Ker-Optika bt c/ ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, RLDI 2011/68, n° 2248, obs. M. Trézéguet, à propos d'une loi hongroise limitant les conditions de distribution de matériel ophtalmologique ; Adde. C. Castets-Renard, L'essor du commerce électronique, D. 2011, Chron. p. 419.

distribution paraissent souvent hétérogènes, spécialisés, complexes.

Certains prennent la forme de contrats-cadres, d'autres sont des contrats « ordinaires », parfois de simples adaptations d'un contrat de vente ou de prestation de services. Certains se présentent comme des contrats nommés, d'autres utilisent des formules ou des titres peu diserts : contrat de coopération, contrat de distribution, contrat de fourniture, contrat de partenariat, etc.

Par ailleurs, la spécialisation de ces contrats est également sectorielle : l'observation de la pratique montre que tel secteur utilise tel type de contrat, souvent par habitude ou par mimétisme, ainsi le contrat de franchise dans la restauration, qui se mue en contrat de commission-affiliation dans le secteur du vêtement et en contrat de management dans celui de l'hôtellerie, relations plus complexes dans le domaine de la grande distribution. Difficile dans ces conditions d'identifier un droit commun de ces contrats de distribution.

Il est donc parfaitement clair que l'on ne trouvera pas matière à identifier un droit commun des contrats de distribution. En revanche, quelques éléments communs à certains de ces contrats apparaissent, indubitablement, sur la base notamment de quelques traits communs : la longue durée, généralement, des relations, l'objectif économique qui consiste à être un intermédiaire du commerce, acheter pour revendre, l'importance économique de la relation et les conséquences que le droit moderne des contrats en tire, la présence de clauses extraordinaire, tant du point de vue du droit des contrats que du droit de la concurrence ou du droit social.

Ce sont ces éléments communs qui, même avec un certain raccourci, seront envisagés, à travers quatre grandes étapes de la vie de ces contrats, leur formation (Section 1), leur exécution (Section 2), leur circulation (Section 3) leur extinction (Section 4).

Section 1. – La formation des contrats de distribution

²¹ Il n'est pas question ici d'envisager tous les éléments constitutifs du contrat en général, mais simplement d'insister sur

les spécificités que rencontrent communément les contrats de distribution : la question de la négociation et du consentement (§ 1), celle de la durée (§ 2), du prix (§ 3) et enfin, la part de l'ordre public, les contraintes des contrats (§4).

§ 1. – Le consentement

22 **Consentement.** Le consentement donné par les partenaires au contrat-cadre fait l'objet d'une attention particulière en raison de l'importance des enjeux économiques et financiers et de la durée du contrat. Le risque, en effet, pour le distributeur repose sur la différence éventuelle entre les résultats promis par le fournisseur, un franchiseur par exemple, sur la base d'une présentation optimiste, voire surestimée, de l'avenir contractuel, et la réalité commerciale une fois le contrat conclu.

Pour tenter de pallier cette difficulté, l'invocation des vices du consentement, l'erreur, le dol, la violence réussit rarement (39). En effet, le distributeur est un commerçant indépendant, responsable de ses propres affaires, qui doit s'informer pour être informé, quoiqu'un arrêt de 2011 impose de réviser cette présentation.

Aussi, le législateur est-il intervenu en 1991 pour imposer une obligation d'information au producteur, qui « *met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* » (40). C'est désormais la formule

39 Cf. Com. 25 févr. 1986, JCP 1988, II, 20995, note G. Virassamy, mais Com. 4 déc. 1990, JCP 1991, II, 21725, note G. Virassamy. Adde : Com. 10 févr. 1998, annexe à Ph. Neau-Leduc, La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin, JCP, éd. E, n° sp. Cah. dr. entr. 1998/2; Contr. conc. consom. 1998, n° 55, obs. L. Leveneur ; Com. 13 avr. 1999, RJDA 1999, n° 660.

40 Cf. N. Dissaux, L'information précontractuelle du franchisé – un joyeux anniversaire ? : JCP G 2010, 134. – D. Ferrier, L'information du candidat à la franchise. La loi Doubin : Bilan et perspectives, in N. Dissaux et R. Loir

de l'article L. 330-3 du Code de commerce, issu de la loi du 31 décembre 1989 dite loi *Doubin* (>**Document n°1**).

La règle, complétée par un décret du 4 avril 1991 et codifiée à l'article R. 330-3 du Code de commerce (>**Document n°1**) intéresse tous les contrats contenant une obligation d'exclusivité dans lesquels on trouve la mise à disposition d'un signe distinctif, marque, nom commercial ou enseigne comprenant par exemple les contrats de franchise, de concession ou d'approvisionnement exclusif.

23 Domaine de l'obligation précontractuelle d'information. – L'article L. 330-3 du Code de commerce ne vise pas de type de contrat en particulier, mais un objectif contractuel : le contrat par lequel l'un met à la disposition de l'autre « *un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité* ». Par conséquent sont visés tous les contrats ayant pour objet 1) la mise à disposition d'un signe distinctif ; 2) une exclusivité ou une quasi-exclusivité comme réciproque ; 3) un contrat d'activité d'intérêt commun.

Il semble assez clair que l'objectif du législateur était d'envisager des contrats dans lesquels une forme de « dépendance économique » est organisée : le contrat suppose l'exercice d'une activité commerciale qui sera effectuée sous le nom, la marque ou l'enseigne du fournisseur, en requérant un engagement d'exclusivité de la part du distributeur. Cette exclusivité signifie alors que l'essentiel de l'activité du distributeur sera consacrée à l'exécution d'un contrat reposant sur des conditions posées par le fournisseur quelle que soit la forme de l'exclusivité choisie : exclusivité de l'activité, exclusivité d'approvisionnement, etc.

(dir.) ; La protection du franchisé au début du XXI^e siècle : L'harmattan, 2009, spéc. p. 84 ; G. Blanc, Les contrats de distribution concernés par la Loi Doubin, D. 1993, chron. 218 ; Ch. Chambonnaud, La loi du 31 déc. 1989 et la protection du franchisé, Mélanges J. Derrupé, 1991, p. 117 ; G. Virassamy, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin, JCP 1990, éd. E, II, 15509 ; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n°s 14 s.

Le domaine visé est ainsi assez considérable quand bien même les trois éléments seraient cumulables. En effet, les contrats visés peuvent concerner le contrat de franchise, bien entendu, puisque c'était l'objectif de la loi, mais également le contrat d'exclusivité d'approvisionnement et de fourniture, ou le contrat de concession, les formules contractuelles classiques de la distribution. S'ajoutent cependant tous les contrats répondant aux caractéristiques de la loi comme le contrat de mise à disposition d'une enseigne, d'une marque quelle que soit la manière contractuelle d'y procéder pour autant qu'elle produise une telle mise à disposition bail (41), dépôt, prêt, voire vente (42) ou bien des contrats aboutissant à cette logique comme un contrat de location-gérance d'un fonds de commerce, comprenant son enseigne (43), et pourquoi pas un contrat n'ayant finalement que peu à voir avec ces formes canoniques, comme un contrat d'agence commerciale dans lequel on trouverait pareille mise à disposition.

La deuxième condition repose sur l'identification d'une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, à la charge du distributeur. Cette condition permet d'exclure tous les contrats dans lesquels cette exigence ne serait pas expressément prévue, comme les formules de distribution sélective. La notion d'exclusivité ne pose pas de difficulté particulière au regard de ses descriptions traditionnelles (cf. *infra*, n°), à l'inverse de celle de « quasi-exclusivité ». Cette notion pose en effet de nombreuses difficultés d'interprétation. En effet, un premier réflexe pourrait conduire à retenir les critères prévus en droit de la concurrence : le Règlement n°330/2010 prévoit en effet le même type de notion et les lignes directrices en la matière invitent à considérer qu'une quasi-exclusivité est identifiée dès lors que 80% des approvisionnements du distributeur sont réalisés auprès du fournisseur, peu important qu'une clause soit prévue à cet effet.

41 En ce sens D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°580 mais contra E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Th. Dr. Montpellier, 1991, p. 103.

42 Contra : C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, Litec 2010, n° 124.

43 Cass. com. 10 févr. 1998, D. aff. 1998, p. 375.

Il suffirait donc de constater que cette limite est franchie pour que l'exigence s'impose avec cette difficulté que, en l'absence de clause d'exclusivité, les parties ne peuvent guère se douter de ce que seront leurs relations. En outre la question se pose de la mesure de l'assiette de cette quasi-exclusivité : faut-il envisager l'activité globale du distributeur, son chiffre d'affaires, ou les seuls produits couverts par le contrat ? Une analogie avec l'interprétation de l'article L. 7321-2 du Code du travail permettrait de retenir l'activité globale du distributeur, sachant que celui-ci peut avoir plusieurs activités cumulées, élargissant ainsi l'assiette de détermination de ce taux (44). La Cour de cassation retient cependant les seuls produits couverts par le contrat, et donc une conception plus sévère pour le fournisseur (45).

La troisième condition est encore plus difficile à saisir. En effet, la notion de contrat d'intérêt commun est surtout utilisée pour tenter de proposer un alourdissement des techniques de rupture du contrat, à l'instar du mandat d'intérêt commun. Il conviendrait alors que l'auteur de la rupture, le fournisseur dans le cas d'école, démontre une faute du distributeur. Cependant, l'article L. 330-3 du Code de commerce ne s'inscrit pas dans le temps de la rupture mais dans celui de la formation du contrat, et mieux encore le temps de la préparation du contrat, sa période précontractuelle, de sorte que la portée de ce terme semble, en l'état de son interprétation, purement décorative.

24 Contenu de l'obligation d'information précontractuelle. – Cette obligation de renseignement est très importante car elle porte sur des renseignements d'un intérêt

44 En ce sens, D. Ferrier, *op. cit.*, n°580.

45 Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.980 : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 92, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2010, 1348, note E. Friedel et G. Toulouse ; Bull. civ. 2010, IV, n° 15. Le lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité s'apprécie, en outre, au regard de la situation du franchisé par rapport au franchiseur au moment de la conclusion du contrat, et non au moment de son exécution (Cass. com., 24 sept. 2003, n° 01-11.595 : RJDA 2004, n° 299 ; LPA 8 mars 2006, n° 48, p. 4, obs. D. Mainguy, J.-L. Respaud et V. Cadoret.

capital, dont le contenu est posé par l'article L. 330-1 et par le décret d'application (C. com., art. R. 330-1) et que l'on peut regrouper en quatre séries d'éléments.

– Les premières portent sur le fournisseur : ses éléments d'identification, en tant que contractant et en tant que titulaire du droit de mettre le signe distinctif à la disposition du distributeur, ce qui implique : l'adresse du siège de l'entreprise, sa forme juridique, l'identité des dirigeants, le montant du capital, le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la date et le numéro d'enregistrement de la marque, la domiciliation bancaire, les cinq principales plus exactement.

– Les deuxièmes portent sur le réseau, son ancienneté, son expérience de l'entreprise : la date de la création de l'entreprise, un rappel des principales étapes de son évolution, et surtout le réseau d'exploitants c'est-à-dire des informations sur les autres distributeurs (l'adresse des cinquante voisins), ainsi que toutes les indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle des dirigeants, sur les cinq dernières années.

– Les troisièmes portent sur le contrat : la description du contrat et notamment de la zone d'activité concernée, en tant qu'assiette de l'exclusivité, la nature et le champ de ces exclusivités (achat, marque, distribution) et les principales obligations du distributeur, dont les dépenses spécifiques à l'enseigne ou à la marque.

– Les quatrièmes, enfin, portent sur le marché : une présentation de l'état général et local du marché et des perspectives de son développement (C. com., art. R. 330-1, 4^o, al. 2).

Ce dernier point est celui qui pose le plus de difficulté. En effet, si la loi a pour objectif d'éviter que le distributeur soit invité à contracter en fonction de perspectives de développement trop optimistes, on peut penser que c'est ici que cette question peut trouver à s'appliquer. La controverse porte sur le sens et l'étendue de cette exigence : impose-t-elle au fournisseur de donner au distributeur une étude du marché local, voire un budget prévisionnel de son activité ?

La réponse est en général négative : il ne se déduit pas nécessairement de la formule de l'article R. 330-1, 4^o, al. 2 que le

fournisseur doit fournir une étude précise du marché local (46) ni des prévisions d'activité ou des comptes prévisionnels (47). La controverse est entretenue par une conception visant à assurer la protection du distributeur en se fondant sur la particularité du contrat de franchise. En effet ce contrat suppose l'exploitation, la répétition d'un savoir faire mis au point par le franchiseur et il appartiendrait au franchiseur de s'assurer que cette exploitation est possible et à fournir une étude du marché local (48) et cette exigence découlerait elle-même de la « présentation » du marché local (49). Ces arguments ne sont pas faux mais, d'une part, ils reposent essentiellement sur l'appréciation du contrat de franchise qui fournit, certes, l'essentiel du contentieux, mais la jurisprudence s'en tient à une conception stricte de l'interprétation du texte et donc à une considération du caractère limitatif des exigences qu'il pose (50).

En revanche, la jurisprudence exige que la présentation du marché local s'effectue de manière effective (51) sérieuse, objective, sincère, etc. c'est-à-dire professionnelle, ce qui suppose

46 Cass. com., 11 févr. 2003, n° 01-03.932 : JCP E 2003, Cah. dr. entr. 2003, n° 5, p. 41, obs. D. Mainguy ; D. 2005, pan. p. 152, obs. D. Ferrier ; LPA 17 sept. 2003, note V. Perruchot-Triboulet. – Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.980, préc., « la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local » ; « il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise ».

47 Cass. com., 11 janv. 2000 : RJDA 2000, n° 259 ; Adde : H. Moryoucef, Les prévisionnels, le point de vue de l'expert comptable, dans N. Dissaux et R. Loir (dir.), La protection du franchisé au début du XXI^e siècle, op. cit., p. 89 s ; R. Loir, Les prévisionnels, le point de vue du juriste, dans N. Dissaux et R. Loir [dir.], La protection du franchisé au début du XXI^e siècle, op. cit., p. 97 s..

48 S. Méresse, L'étude du marché est la quintessence du savoir-faire : RJ com 1997, p. 260.

49 En ce sens : N. Dissaux, L'information pré-contractuelle du franchisé – un joyeux anniversaire ? JCP E 2010, 134, n° 24 ; C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, Droit de la franchise, op. cit., n° 133, p. 114.

50 Contra : O. Tiquant, note : D. 2002, p. 2600.

51 Paris, 23 juin 2006, D. 2007, pan. p. 1917, obs. D. Ferrier ; JCP E 2007, 1086, note E. Deberdt : annulation du contrat de franchisage en l'absence d'étude du marché local.

que la clientèle locale soit présentée (52). A défaut, l'annulation du contrat pourrait être encourue (53).

25 Document précontractuel : modalités de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle. – L'ensemble de ces informations doit être fournie dans un « document » qu'en pratique on désigne comme le « document d'information précontractuelle » ou « DIP ». Cette remise du document doit évidemment être effective : l'indication dans le contrat qui serait conclu que le distributeur reconnaît qu'il a reçu l'information prévue ne purge pas l'exécution de l'obligation d'information (54).

Une exigence de délai est également posée, en terme de délai de réflexion en quelque sorte, qui impose la remise du document vingt jours, au moins, avant la date de la conclusion du contrat (55).

Cette considération pose difficulté en cas de renouvellement du contrat. La reconduction d'un contrat, par exemple par l'effet d'une clause de tacite reconduction emporte la conclusion d'un nouveau contrat. Par ailleurs, ce nouveau contrat suppose une exécution pendant la durée prévue et donc une évolution du réseau et des informations qui seraient délivrées sur le distributeur bénéficiant du contrat reconduit était un nouveau contractant. Dès lors la question s'est posée de savoir si la reconduction d'un tel contrat supposait le renouvellement, dans les mêmes conditions, de l'exécution de l'obligation précontractuelle d'information. La Cour de cassation considère, assez logiquement, qu'une telle exécution de l'obligation

52 Cass. com., 16 mai 2000, n° 97-16.386 : JCP E 2001, p. 269, n° 1, obs. Ph. Neau-Leduc.

53 Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00.515 : RJDA 2003, n° 1169, annulation pour réticence dolosive (présentation très générale et imprécise du projet de franchisage, absence d'information sur l'état du marché local et compte prévisionnel d'exploitation fantaisiste).

54 Cf. Cass. Com. 12 nov. 2008, D. 2009, pan. 2895, os. D. Ferrier.

55 Comp. Cass. Com. 17 juill. 2001, D. 2002, p. 627, obs. H. Kenfack, JCP, éd. E, 2002, Cah. dr. entr.2002, n°3, p. 30, obs. J.-L. Respaud, sur l'indifférence que le contrat prévoit une date de prise d'effet antérieure.

précontractuelle d'information s'impose en cas de renouvellement (56).

26 Sanction de l'obligation précontractuelle d'information. – La sanction est en premier lieu de nature pénale et constitue une amende de 5^{ème} classe de 1500 €.

La sanction est surtout, et essentiellement civile. Précontractuelle, l'obligation d'information méconnue peut constituer une faute précontractuelle susceptible d'engager la responsabilité du fournisseur (57).

Plus délicate est la question de savoir si l'absence d'information ou une mauvaise information peut vicier le consentement du contractant par dol ou, plus simplement, par absence de consentement. La Cour de cassation considère en effet que l'annulation (58) est possible depuis un arrêt du 10 février 1998 (59) pour autant, cependant, que le distributeur parvienne à démontrer l'existence d'un dol, plus globalement l'existence d'un vice du consentement (60). Cette sanction suppose alors que le distributeur établisse la preuve de la violation de l'obligation d'information mais également du vice du consentement qu'il a subi. Par conséquent, ce n'est pas la

56 Cass. com. 14 janv. 2003, D. 2003, p. 2304, note H. Kenfack, Somm. p. 2429, obs. D. Ferrier.

57 Cass. com. 25 sept. 2007, JCP, éd. E, 2008, 1638, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud ; Cass. com. 27 janv. 2009, RDC 2009. 1150, obs. M. Béhar-Touchais.

58 Et non la résiliation du contrat : Cass. com. 12 févr. 2008, n°07-12462, JCP, éd. E, 2009, obs. D. Mainguy.

59 Cass. com. 10 février 1998, n°95-21906, CCC 1998, n° 55, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, p. 365, obs. J. Mestre et Ph. Neau-Leduc, La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin, art. cit., **>document n°J1** et depuis : Com. 13 avr. 1999, RJDA 1999, n° 660, Com. 19 oct. 1999, RJDA 2000, n°258, Cah. Dr; ent. 2000/4, p. 18, obs. J.-L. Respaud ; Com. 10 mai 2000, Cah. dr. ent. 2001/2, p. 28, obs. J.-L. Respaud ; Com. 16 mai 2000, RJDA, 2000, n°974, Cah. dr. ent., 2001/2, p. 28, obs. J.-L. Respaud ; Com. 21 nov. 2000, Contrats, conc., consom. 2001/2, p. 28, obs. L. Leveneur, Cah. dr. ent. 2001/4, p. 26, obs. J.-L. Respaud.

60 Cf. Cass. com. 2 déc. 1997, D. 1998, somm., p. 334 obs. D. Ferrier.

violation elle-même qui justifie le vice du consentement, mais la nature de l'information erronée ou absente dont il doit démontrer qu'elle a été déterminante de son consentement. A l'inverse cependant, les règles du droit des contrats, en matière de preuve de l'exécution d'une obligation d'information, permettent de considérer que c'est au débiteur de l'obligation d'information de prouver qu'il l'a correctement exécutée. Ce renversement de la charge de la preuve aboutirait à la considération inverse : l'exigence d'information supposerait que celle-ci soit fournie de manière correcte de sorte que ce serait au franchiseur de prouver que l'information a été fournie, à la manière des obligations d'information du droit de la santé ou de la vente (61), voire davantage, le mécanisme créerait un dol spécial : le seul fait de ne pas fournir l'information correcte identifierait, sauf démonstration contraire, ce dol (62). Telle n'est cependant pas la solution retenue (63), du moins sur le fondement du dol. En effet, un arrêt du 4 octobre 2011 renverse singulièrement la perspective en considérant (64), en se fondant sur l'article 1110 du code civil et par une solution novatrice invoquant une **erreur sur la rentabilité** que : « *après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du*

61 Cass. civ. 1ère, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n°75, JCP 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney, RTD civ. 1997. 434, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1ère, 15 mai 2002, Contrats, conc. consom. 2002, n°135, obs. L. Leveneur.

62 D. Mainguy et J.-L. Respaud, Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin CCC, 2003, p. 4 ; H. Kenfack, L'obligation pré-contractuelle d'information : l'espoir déçu ? in C. Hallouin et H. Causse (dir.), Le Droit de la distribution. Droit commun ou Droit spécial ? LGDJ 2005, p. 155 s.

63 Cass. com., 4 févr. 2004, D. 2005, p. 151, obs. D. Ferrier, Cah.dr.ent. 2004/3, p.29, obs. J.-L. Respaud ; Cass. com. 7 juill. 2004, D. 2005, p. 151, *ibidem*, JCP, 2005, Cah.dr.ent. 2004/3, p.29, obs. J.-L. Respaud.

64 Cass. com. 4 oct. 2011, n°10-20956 (>**document n°J2**), D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux, D. 2012, Pan. p. 577, obs. N. Ferrier, JCP, éd. G, 2012, 135, note J. Ghestin, RDC 2012, p. 9, note Th. Génicon ; Cass. com. 12 juin 2012, n°11-19047. Adde D. Mainguy, L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise, RLDC 2012/11, n°4876. Comp. Déjà : V. Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00.515, préc.

franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise ». Rendu en matière de franchise cet arrêt change la donne, alors que le franchiseur avait correctement exécuté son obligation d'information mais l'avait accompagné d'un budget prévisionnel grossièrement optimiste. En effet, le franchisé peut échouer dans l'exploitation de sa franchise pour plusieurs raisons : il peut s'agir de l'hypothèse d'un savoir-faire inexistant ou insuffisant ; celle dans laquelle le franchisé ne respecte pas les préconisations du franchiseur ; et enfin celle du point de distribution inefficace, de la clientèle qui ne répond pas aux attentes promises, c'est-à-dire de l'expérience qui ne parvient pas à être réitérée, une forme d'« aléa contractuel ». L'arrêt de 2011 conduit à faire porter sur le franchiseur cet « aléa contractuel » objectif et ce faisant commun, sous la forme d'une erreur sur la rentabilité qu'aurait subie le franchisé : l'erreur commise sur la rentabilité de l'activité exercée permet l'annulation du contrat.

Enfin, dans l'ordre international, la question se pose de l'autorité de la loi Doubin et notamment de son caractère de loi de police (65), solution non retenue par la jurisprudence française (66) avant une décision de 2012.

§ 2. – La durée

²⁷ **Durée.** Les contrats-cadre ont pour objet de régir une relation pour une longue période; ils visent une certaine stabilité contractuelle ; ils sont des contrats de longue durée.

En droit des contrats la question de la durée semble visée de manière souple bornée par le principe de prohibition des engagements perpétuels, que l'on considère souvent comme une solution invitant à une durée très longue, de 99 ans, comme dans le contrat de société ou le contrat de bail. Cette façon d'envisager

65 L. Idot, Droit international et distribution internationale, DPCI 1993, p. 215.

66 Paris, 30 nov. 2001, Dr. et patrimoine, juin 2002, n° 105, p. 111, obs. D. Mainguy ; JCP E 2002, Cah. dr. entr. n° 3, obs. J. Raynard.

la durée est cependant plus fine en jurisprudence qui considère qu'un contrat est perpétuel dès lors que sa durée est exagérée : est un contrat perpétuel le contrat prévu pour une durée anormalement longue, une durée supérieure à la vie humaine ou à la vie professionnelle (67). La sanction du non respect de cette exigence est particulièrement lourde : la nullité, absolue, du contrat (68). Ainsi les contrats d'exercice libéral, dont la durée était souvent une durée liée à l'exercice d'une telle activité, et uniformément établie à 30 ans, ont été modifiés, sous la menace d'une sanction générale, pour devenir des contrats à durée indéterminée ou des contrats à durée déterminée.

S'agissant des contrats de distribution, une règle particulière semble s'appliquer. L'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 devenu article L. 330-1 du Code de commerce (**>document n°L1**), limite à dix ans les clauses d'exclusivité. En réalité, au-delà de l'idée parfois véhiculée que cette règle s'applique à toutes les clauses d'exclusivité et notamment à celles contenue dans des contrats cadre de distribution et donc, à tous les contrats de distribution, la loi de 1943 ne vise pas directement les contrats-cadres mais « *la durée minimale de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant, bailleur, à ne pas faire usage d'autres objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur* ».

L'article L. 330-2 (**>document n°L2**) envisage la suite de cette règle en décidant que le contrat comportant une clause d'exclusivité est « *suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat* ».

Pour être plus clair, que le contrat soit à durée indéterminé ou qu'il soit formé d'une succession de contrats successifs à durée déterminée, la durée est limitée en toute hypothèse à dix ans. Il s'agissait, alors, en 1943 et reprenant des questions envisagées

67 Cf. R. Libchaber, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, Rev. Soc. 1995, p. 437 ; F. Rizzo, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. & Patr. 2000, n°78, p. 60.

68 Cf. Cass. civ. 3ème, 20 févr. 1991, JCP 1992, éd. N, II, 22.

avant-guerre, de lutter contre les pratiques d'une entreprise industrielle américaine de machines à fabriquer des chaussures, « *United Shoes Machinery Company* », qui vendait, en exclusivité, des machines mais également les pièces de rechange de ces machines et qui assortissait chaque nouveau contrat de vente d'équipement ou de matériel d'une nouvelle clause d'exclusivité, en sorte que l'exclusivité à laquelle étaient tenus les acheteurs ne prenait jamais fin.

Ne visant que les ventes ou les baux de biens meubles corporels et limitant le principe de liberté contractuelle, ce texte aurait dû – ou pu – connaître une interprétation stricte, comme la plupart des auteurs le proposaient dans les années 1950 ou 1960. En effet, l'objet de l'article L.330-1 du Code de commerce est bien « l'achat » de « biens meubles » ou de biens « semblables ou complémentaires », de sorte que l'extension de ce texte à des contrats d'achat exclusif, c'est-à-dire des contrats-cadres de distribution n'ayant pas directement pour objet des achats, aurait été contraire à la lettre du texte.

Cette interprétation stricte niait pourtant l'évolution de la technique contractuelle : certes les contrats-cadres de distribution n'ont pas pour objet des ventes de choses, mais les ventes en sont l'objectif, la raison d'être, en d'autres termes la cause, de sorte qu'il était logique que la question se pose de manière sérieuse. La jurisprudence a alors étendu, assez tôt, la portée de ce texte aux contrats-cadres comportant une clause d'exclusivité, à l'occasion de l'identification de l'exigence de détermination du prix dans les contrats-cadres (69), le justifiant cette extension du fait que « *la clause d'exclusivité concernait la vente* » (70). L'extension de la portée de ce texte est donc finalement assez peu établie, sinon par les arrêts rendus sur le fondement de l'indétermination du prix, alors que cette jurisprudence a été renversée en 1995, et alors que le texte, d'exception, pourrait être considéré comme

69 Cass. com. 27 avr. 1971, JCP 1972, II, 16975, note J. Boré, D. 1972.353, note J. Ghestin; Com. 13 mars 1972, JCP 1972, II, 17196, note J. Boré; Cass. com. 7 avr. 1992, Bull. civ. IV, n° 154, JCP 1992, éd. E, II, 333, note M.-D. Schodermeier, CCC 1992, n°177, obs. L. Leveneur.

70 comp. Cass. com. 7 avr. 1992, préc., accord industriel contenant un engagement d'achat exclusif.

justifiant une exception stricte. Dès lors, il semble assez difficile d'expliquer que l'application de l'article L. 330-1 du Code de commerce est réservée aux ventes, aux baux ou aux contrats-cadres de distribution, et point à d'autres formules contractuelles contenant une clause d'exclusivité de vente et par exemple à des contrats d'entreprise. En l'état, donc, de tels contrats, contenant une clause d'exclusivité mais ne portant pas sur des ventes pourrait donc disposer d'une durée supérieure à dix ans.

28 **Territoire.** Les clauses et mécanismes d'exclusivité sont en général associés à un territoire déterminé ; c'est d'ailleurs l'intérêt de ce mécanisme que de préparer conventionnellement un monopole de vente sur le territoire ainsi déterminé pour le distributeur et un quadrillage d'un territoire vaste ordonné de manière systématique par le fournisseur. C'est le modèle, notamment, des clauses ou contrats d'approvisionnement exclusif ou des contrats de distribution exclusive dits aussi contrats de concession commerciale.

Certains contrats, comme les contrats de fourniture exclusive cependant assurent un mécanisme d'exclusivité mais sans territoire. Dans ce type de contrat, le fournisseur s'engage à livrer tous ses produits à un seul distributeur.

29 **Sanction.** Un temps, la jurisprudence considérait que la sanction du dépassement devait être la nullité absolue du contrat pour violation de la règle, alors considérée comme d'ordre public, de l'article L. 330-1 du Code de commerce (71). Il en résultait alors qu'il suffisait que le contrat dépasse cette durée pour le contrat soit annulé, ce qui en pratique était assez rare. En effet, la très grande majorité des contrats de distribution sont conclus pour des durée déterminée et plus courte. En revanche, la question pouvait se poser de la compilation des durées de contrats reconduits. En outre, cette solution semblait critiquable alors que l'article L. 330-1 dispose que la clause d'exclusivité, et

71 Cass. com., 25 mars 1974, n° 73-11.785, JCP G 1976, II, 18318, note Ph. Simler ; RTD com. 1975, p. 897, obs. J. Hémard ; Cass. com. 7 avr. 1992, préc.

elle seule, « *est limitée à dix ans* », incitant d'une part à considérer la clause seule et éventuellement son caractère déterminant du contrat mais surtout à ramener la durée excessive au délai de dix ans, par une forme de caducité du contrat à cette date, solution désormais retenue (72). Il reste que la question demeure relativement incertaine : certains arrêts décident que le dépassement emporte l'annulation du contrat (73).

La difficulté consiste alors, pour les rédacteurs de contrats, à organiser la conclusion de ces contrats avec les exigences de ce texte. Il est clair qu'un contrat comportant une clause d'exclusivité d'approvisionnement d'achat d'une durée supérieure à dix ans encourrait les sanctions de l'article L. 330-1 du Code de commerce, de même qu'un contrat à durée indéterminée dont la durée d'exécution réelle dépasserait dix ans. Il en serait de même d'une succession de contrats d'une durée inférieure. En revanche, au terme des dix ans, rien n'interdit aux parties de conclure un nouveau contrat d'une durée de dix ans, pour une nouvelle durée qui sera soumise aux mêmes conditions, pour autant que le distributeur notamment ne soit pas placé, aux termes des premiers dix ans, dans l'obligation, économique ou juridique, de reconduire le contrat (74).

30 Durée et droit de la concurrence. Toute autre est, cependant, l'appréciation de la même situation au regard des dispositions du droit de la concurrence et notamment du droit communautaire de la concurrence qui comprend un certain nombre de limitations de la durée des engagements d'exclusivité ou de non concurrence. Il conviendrait, en premier, de vérifier que le contrat supporte l'application de ces règles. Or, dans ce cas, les règles du droit communautaire de la concurrence, prohibant les ententes anticoncurrentielles, proposent à titre

72 Cf. Cass. com. 10 févr. 1998, CCC 1998, n° 55, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, p. 365, obs. J. Mestre ; Com. 14 déc. 1999, *Contr. conc. consom.* 2000, n° 46, obs. M. Malaurie-Vignal : clause insérée dans un bail commercial.

73 Cf. Cass. com. 31 janv. 2001 D. 2001, p. 3520, obs. L. Rozès, dans un contrat de fourniture lié à un contrat de bail.

74 Cf. Cass. com. 21 févr. 1995, D. 1995, IR, p. 92.

d'exception collective de certains accords restrictifs de concurrence, comme les contrats de distribution, considérés comme des accords *verticaux* de concurrence, des solutions posées par des Règlements d'exception par catégorie. Notamment, le Règlement n°330-2010 dans son article 5.a) exclut les obligations de non concurrence interdisant au distributeur d'acheter des produits concurrents ou l'obligant à acheter plus de 80 % des produits ou services contractuels auprès du fournisseur, si la durée de la clause est supérieure à cinq ans, sauf dans le cas où le fournisseur est propriétaire des locaux ou terrains à partir desquels les biens ou services sont vendus (il suffit alors que la durée de l'obligation de non-concurrence – l'obligation d'exclusivité – n'excède pas celle du contrat de bail). On observera alors que, à la différence des règles applicables au droit des contrats (*C. com., art. L. 330-1, cf. supra, n°34 s.*), la règle de l'article 5 a) du Règlement s'applique à une obligation de non concurrence impliquant des produits, donc des ventes, ou des services, donc des prestations de services. Le Règlement envisage donc de manière assez large l'article 5.a) : l'article 1^{er}, b) qui définit les termes utilisés dans le Règlement (*et comp. Lignes directrices Comm. CE n°2000/C 291/01, pt. 58*) dispose ainsi que « l'obligation de non-concurrence signifie toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des 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 pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ». Il n'y a pas de doute alors qu'une obligation de non concurrence portant sur une « fourniture de services » soit impliquée.

La sanction de ce texte est, en principe, la nullité. Pourtant, la Cour de cassation ne retient pas ici la nullité automatique de la convention ou du contrat dans la mesure où l'excès temporel de l'article 5 du Règlement ne s'inscrit pas dans les « restrictions caractérisées » de l'article 4 qui emporte le retrait automatique de l'exemption. Par exemple, s'agissant d'un contrat ayant duré plus de 5 ans, la Cour rejette la nullité s'il n'est pas établi, par ailleurs,

que le contrat, par exemple du fait de sa durée, « *a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* » (75).

§ 3. – La question du prix

31 Détermination du prix. Longtemps, tous les regards des observateurs du droit des contrats d'affaires ont convergé vers cette question et ce n'est peut-être pas terminé. La question peut paraître curieuse alors qu'elle semble se ramener au prix du droit d'entrée ou des redevances éventuellement payées par le distributeur au fournisseur. En revanche, les contrats d'application, les ventes, devront avoir un prix déterminé ou déterminable, en vertu de l'article 1591 du Code civil. Or, les fournisseurs inséraient dans les contrats-cadres une clause dite **clause de prix catalogue**, par laquelle le distributeur devait conclure les ventes d'application aux prix fixés par le fournisseur. Longtemps la cause de l'annulation des contrats-cadres, cette hypothèse d'indétermination du prix n'est plus aujourd'hui sanctionnée en tant que telle, depuis 1995.

32 La détermination du prix : question d'histoire. La question de la détermination du prix est aujourd'hui dépassée, presque oubliée. Pourtant, elle a passionné les juristes pendant 25 ans. Elle est aussi exemplaire en termes de méthode, raison pour laquelle un bref rappel n'est pas totalement inutile.

La question s'est, alors, posée, de savoir si le contrat-cadre, alors qu'il a pour objet la conclusion de ventes dont le prix doit être déterminé, ne devait pas déterminer le prix des contrats d'application, à tout le moins de fixer la méthode de détermination. Cette question est *a priori* absurde puisque le contrat-cadre est prévu pour un long terme, alors que les prix futurs ne sont pas encore connus et que, peut-être, les marchandises qui seront vendues dans l'avenir sont inconnues. Mais, à l'inverse, le fournisseur dispose du pouvoir de fixer unilatéralement les prix et on pouvait craindre un risque

75 Cass. com. 3 déc. 2002, CCC 2004, n°23.

d'arbitraire dans cette fixation.

En 1971, la Cour de cassation retint cette analyse et annula des contrats-cadres sur le fondement des articles 1591 et 1174 (76), ce qui était doublement inexact puisque le contrat-cadre n'est pas une vente (C. civ., art. 1591) et qu'aucune condition n'était formulée (C. civ., art. 1174). En 1978, la Cour de cassation a recherché un fondement plus adapté dans l'article 1129 du Code civil qui impose que l'objet du contrat doit être déterminé dans son espèce ou sa quotité. Observant que l'obligation de payer a pour objet un prix, la Cour en déduisit que « *il faut pour la validité du contrat que la quotité de l'objet qui en est l'obligation puisse être déterminée* », soit le prix (77). Au départ retenues pour les contrats de pompistes de marque (arrêts de 1971) et les contrats de bière (arrêts de 1978), ces solutions avaient été petit à petit élargies à tous les contrats-cadres qui comprenaient une obligation de conclure des contrats d'application (78).

Pourtant, cette solution était largement critiquée : on lui reprochait son inadaptation, car l'article 1129 peut être appliqué à tous les contrats; son inutilité si l'on observe que le droit de la concurrence contient tous les outils permettant d'éviter l'arbitraire du fournisseur, si tel était le but recherché par la jurisprudence (79); ou bien le fait que l'action en annulation du contrat-cadre menée par le distributeur ne l'était jamais pendant la vie du contrat mais après son extinction, pour échapper à une clause de non concurrence postcontractuelle par exemple en utilisant la nullité absolue qui sanctionnait le défaut de détermination du prix au sens de cette jurisprudence (80).

En 1991, la Cour de cassation chercha une solution en distinguant les contrats-cadres qui contiennent essentiellement

76 Cf. Com. 27 avr. et 5 nov. 1971, D. 1972.353, note J. Ghestin.

77 Com. 11 oct. 1978 (trois arrêts), D.1979.135, note R. Houin, JCP 1978, II, 19034, note Y. Loussouarn.

78 V. en dernier lieu, Com. 12 déc. 1989, D. 1990, somm. 369, obs. D. Ferrier pour les contrats de franchise, après une longue hésitation jurisprudentielle..

79 Cf. L. Aynès, L'indétermination du prix dans les contrats de distribution, comment sortir de l'impasse, D. 1993, chron. 25.

80 Cf. M.-A. Frison-Roche, L'indétermination du prix, RTD civ. 1992.269.

des obligations de donner de ceux qui contiennent essentiellement des obligations de faire, seuls les premiers encourant l'annulation (81). Mais ce fut un nouvel échec car aucun de ces contrats ne contient d'obligation de donner et la Cour chercha une nouvelle solution en recherchant si « *lors de la conclusion des contrats de vente successifs, le prix des ventes successives pouvait être librement débattu et accepté* » (82), c'est-à-dire si une obligation de négocier, par exemple, existait, ruinant alors les effets d'une obligation de conclure les ventes (puisqu'une obligation de négocier un contrat n'emporte pas celle de la conclure).

Par ailleurs, la Cour de cassation posait de difficiles problèmes de restitution en cas d'annulation. Jusqu'à présent, ceux-ci étaient simples : le fournisseur devait restituer le prix des marchandises et le distributeur ces marchandises ou leur valeur, leur prix, pour un solde nul ou presque. La Cour affirmait alors que le distributeur devait restituer le prix en faisant abstraction du bénéfice du fournisseur, instituant une véritable prime à la mauvaise foi (83).

33 Mutation de jurisprudence : abus dans la fixation du prix. En 1994 et 1995, la Cour de cassation a mis fin à ces solutions. D'abord initié par la première chambre civile, le 29 novembre 1994 (84), ce renversement de jurisprudence a été

81 Cass. com. 22 janv. 1991, D. 1991.175, concl. M. Jéol; JCP 1991, II, 21679, note G. Virassamy; éd. E, 1991, II, 201, obs. L. Leveneur.

82 Cass. com. 5 et 19 nov. 1991, D. 1992, somm. 266, n^{os} 4 et 5, obs. L. Aynès; D. 1993.379, note J. Ghestin; Contr. conc. consom. 1992, n^o3, obs. L. Leveneur et J. Ghestin, *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, D. 1993, chron. 251.

83 Cf. Cass. com. 23 juin 1992, JCP, éd. E, 1993, II, 407, note L. Leveneur et Contr. conc. consom. 1992/11, p. 1; JCP 1992, II, 21974, note M. Behar-Touchais; RTD civ. 1993.350, obs. J. Mestre, mais v. récemment Com. 19 mars 1996, JCP 1997, éd. E, I, 617, n^o8, obs. J. Raynard.

84 Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, JCP, éd. G, 1995, II, 22371, note J. Ghestin; éd. E, 1995, II, 662, note L. Leveneur; D. 1995.122, note L. Aynès; RTD civ. 1995.358, obs. J. Mestre.

achevé par l'Assemblée plénière, le 1^{er} décembre 1995 (85) qui, par quatre arrêts, décidait, sous le visa des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil, que « *l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix* » et surtout que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales, la validité de celui-ci* », validant ainsi les clauses de prix catalogue, et, enfin, que « *l'abus dans la fixation du prix peut donner lieu à résiliation ou indemnisation* ».

On en retiendra que la détermination unilatérale du prix par le fournisseur n'est plus assimilée à une fixation arbitraire du prix, ce qui était en soi une extrapolation et un jugement de valeur. Mais, dans le même temps, le contentieux, jusqu'ici fixé au moment de la formation du contrat se déplace vers son exécution puisque le distributeur pourra reprocher au fournisseur d'avoir commis un abus dans la fixation du prix. Or, la Cour ne donnait aucun critère permettant de repérer un tel abus (86) et la tentation aurait pu être grande d'y voir l'obligation pour le fournisseur de pratiquer des prix concurrentiels (87) voire

85 Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, (>document n°J3)JCP, éd. G, 1996, II, 22565, note J. Ghestin; D. 1996.13, rapp. M. Jéol, note L. Aynès; D. Bureau et N. Molfessis, chron., Petites affiches, 1995, n°155, p. 16; A. Laude, chron., Dalloz Affaires, 1996, n°1, p. 4; A. Coeuret, chron. Dr. et patrimoine, janv. 1996, p. 49; M.-A. Frison-Roche, chron., RJDA, 1996, p. 5; M. Jéol, Ch. Bourgeon, Ch. Jamin, Th. Revet, D. Ferrier, M. Pédamon et Ph. Simler, La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'assemblée plénière, RTD com. 1997.1 s.; Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997.

86 Cf. Cass. com. 21 janv. 1997, D. 1997.443, note Ch. Jamin; Com. 23 févr. 1999, Contr. conc. consom. 1999, n°62, obs. L. Leveneur, JCP 1999, éd. E, Cah. dr. entr. 1999/5, p. 18, n°8, obs. D. Mainguy; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, RJDA 2001, n°410.

87 Cf. déjà Cass. com. 3 nov. 1992 (arrêt Huard), Bull. civ. IV, n° 338, JCP 1993, II, 22614, note G. Virassamy, Defrénois 1993.1377, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1993.124, obs. J. Mestre > document n°J4; Cass. com. 7 oct. 1997, JCP 1998, II, 10110, note D. Mainguy; Cass. com. 24 nov. 1998 (arrêt Chevassus-Marche), Bull. civ. IV, n° 277, Contr. conc. consom. 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP 1999, II, 10220, note Y. Picod, Defrénois, 1999. 371, obs. D. Mazeaud > document n°J5.

d'assurer au distributeur un profit suffisant, le tout dans le cadre d'une « *obligation pour le partenaire dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dominé, lors de la fixation du prix* » (88). On aurait été alors dans une situation très proche de celle des contrats d'intérêt commun (89). Fort justement, la Cour de cassation s'en est tenu à des applications sages de sa jurisprudence : le seul fait que les prix du fournisseur soient élevés ne justifie pas par exemple qu'il y ait abus (90), c'est au distributeur de faire la démonstration qu'il y a abus (91).

34 Modalités contractuelles de détermination du prix : les clauses de prix. Au-delà des exigences jurisprudentielles et de la question de la fixation unilatérale du prix par le fournisseur, sous le contrôle éventuel de l'abus dans cette fixation, la pratique des clauses de fixation de prix est ancienne et usuelle, et d'ailleurs visée, indirectement par le Code civil dans l'article 1592 qui vise l'hypothèse de la fixation du prix par un tiers.

La clause de « prix de marché » permet ainsi de s'en remettre à un prix fixé par un tiers, le « marché », clause valable pour autant que le « marché » en question soit une autorité identifiant un prix susceptible d'être identifié de manière sérieuse, précise et objective (92) : une clause visant les prix ordinairement pratiqué dans un secteur donné ne serait ainsi pas valable en principe.

La clause de prix à « dire de tiers » renvoie directement à l'appréciation du prix par un tiers, un « expert », au sens de

88 Th. Revet, in RTD com. 1997. sp. n° 13, p. 44.

89 Cf. D. Mainguy, Bref retour sur l'indétermination du prix, JCP, éd. E, n°sp. Cah. dr. entr. 1998/2.

90 Paris, 27 juin 1997, D ; 1998, somm. P. 336 obs. D. Ferrier. Mais v. Versailles, 27 janv. 2000, RTD civ. 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages, condamnant pour abus la hausse de prix d'un loueur de matériel téléphonique ; Paris, 24 oct. 2000, D. 2001, Somm. p. 3236, obs. D. Mazeaud à propos de la hausse des tarifs de la location d'un coffre fort. Adde C. Jamin, Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix, JCP 1996, I, 3959.

91 Cass. com. 11 juin 1996, D ; 1997, somm. P. 59 obs. D. Ferrier, Cass. com., 28 mars 2000 et 6 juin 2000, Cah. dr. ent. 2001-2, p. 28, obs. J.-L. Respaud et D. Mainguy.

92 Cass. com. 21 mars 1983, Bull. civ. IV, n°110.

l'article 1592 du Code civil ou 1844-3 en droit des sociétés. Elle suppose que le tiers en question soit véritablement indépendant des parties, question qui a fait l'objet d'un contentieux important dans le secteur de la grande distribution (cf. infra, n°).

Plus complexes sont les clauses d'offre concurrente, de premier refus ou du client le plus favorisé qui assurent l'adaptation du contrat en fonction des conditions du marché, et à ce titre susceptibles de critique en droit de la concurrence. Il s'agit, pour la clause d'offre concurrente dite aussi « clause anglaise »

Il s'agit en effet de mécanismes contractuels, dans des contrats de fourniture ou d'approvisionnement, permettant l'adaptation du prix, de l'offre contractuelle plus globalement, en fonction de l'offre formulée par les concurrents de l'un des contractants : un fournisseur, par exemple, pourra se voir opposer l'offre de l'un de ses concurrents, soit pour lui permettre de s'adapter à celle-ci, soit pour permettre de lever l'exclusivité, soit pour emporter la rupture du contrat.

§ 4. – La place des règles d'ordre public

³⁵ **Implication du droit de la concurrence.** Les règles du droit de la concurrence sont des règles clés de la vie des contrats-cadres, tant en droit interne que communautaire : elle relève des contraintes.

On observe enfin une large tendance à la « *civilisation* » du droit de la concurrence, spécialement pour les contrats de la distribution, par l'application de formes voisines de ces règles par des juridictions civiles, à travers, notamment le développement de l'exécution de bonne foi des obligations (93) ou l'abus dans les contrats (94), imposant par exemple à la charge du

93 Cf. B. Fages, Le comportement du contractant, PUAM, 1997 ; D. Mainguy, Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions du droit des contrats, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 725.

94 Cf. D. Mainguy (dir.), L'abus de droit dans les contrats et spéc. B. Fages, L'abus de droit dans les contrats de distribution, JCP 1998, éd. E., n°sp., Cah. dr. entr. 1998/6, p. 16; Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, essai

fournisseur une obligation de permettre de pratiquer des prix concurrentiels (95) tout à fait inédite.

36 Implication du droit du travail. Le droit du travail n'est pas sans influence sur les contrats de distribution, ne serait-ce qu'en raison de l'idée récurrente que les contrats de distribution sont des contrats de dépendance. Un texte du droit du travail a plus particulièrement vocation à s'appliquer, l'article L. 7321-1 et s., remplaçant, depuis 2008, l'ex-article L. 781-1 du Code du travail. Celui-ci dispose que les règles du droit du travail s'appliquent *« aux personnes dont la profession consiste à vendre des marchandises fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local agréé par le fournisseur, et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise »* (cf. infra). Dès lors par conséquent qu'un contrat de distribution de marchandise mais aussi un contrat de franchise de service, comme le secteur de la franchise hôtelière, est conclu avec une clause d'exclusivité, dans un local agréé par le fournisseur, aux conditions et prix fixés par ce dernier, les règles du droit du travail s'imposent : horaires de travail, congés payés, règles de licenciement applicables à la rupture du contrat... C'est ainsi que la jurisprudence a appliqué ce texte à des pompistes de marque (96) ou bien à des mandataires consignataires (97) mais l'enjeu du texte tient à son application à des contrats de distribution en réseau, concession commerciale ou franchise notamment (98). Cette application se heurte à un premier obstacle qui tient au fait que le contrat en question peut être exploité par une personne morale, une société. La jurisprudence semble s'orienter vers un contrôle plus accru de la réalité d'une telle personne morale et cherche à vérifier qu'elle n'est pas créée dans le seul but de

d'une théorie, thèse Aix, 1999, M. Chagny, Droit de la concurrence et droit des obligations, Dalloz, 2002.

95 Cf. Com. 3 nov. 1992, préc. ; Com. 27 déc. 1998, préc..

96 Cf. Soc. 13 janv. 1972, D. 1972. 425.

97 Soc. 1er mars 1973, Bull. civ. V, n°129, JCP 1975, éd. CI, II, 11754, note Mayzonade.

98 J. Guyénot, L'immixtion des règles du droit du travail dans les rapports entre concédants et concessionnaires, Gaz. Pal. 1996, 2, doct. 457.

contourner l'application des règles du droit du travail (99). Encore convient-il de vérifier que les règles de l'article L. 781-1 du Code du travail peuvent s'appliquer eu égard notamment à la question de la démonstration de l'existence d'un lien de subordination. Or, ici encore, la jurisprudence paraît admettre l'application de ce texte dès lors que ses conditions étaient réunies sans avoir « à rechercher si les obligations dépassaient celles d'un franchiseur en vue d'assurer l'unité de son réseau » (100). La jurisprudence posait en principe que « il résulte de ce texte que dès lors que les conditions sus-énoncées sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination » (101).

Section 2. – L'exécution des contrats cadres de distribution

§ 1. Les obligations des parties

³⁷ **Obligations du fournisseur.** Les contrats-cadres mettent à la charge du fournisseur des obligations diverses.

La principale tient généralement au **respect de l'exclusivité** qu'il a pu consentir et qui consiste pour lui à ne livrer que le distributeur choisi dans le territoire qui lui a été reconnu. On évoque, à cet effet, un mécanisme d'**exclusivité territoriale** qui impose au fournisseur de ne pas vendre à un autre distributeur dans ce territoire. Par conséquent il devra refuser de vendre à tous ceux qui lui demanderaient de le livrer dans ce territoire. Or, le refus de vente est considéré comme un acte anticoncurrentiel

99 Soc. 29 oct. 1980, Bull. civ. V, n°789, CA Paris, 7 juin 2001, RJDA, 2002, n°41, Cah.dr. ent. 2002/4, obs. D. Mainguy, adde Ch. Cutajar, La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité, RJDA, 2002, p. 3. V. J. Mestre, L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats, Dr. soc. 1998, p. 405.

100 Cass. com. 3 mai 1995, JCP éd. E, 1995, II, 748, note L. Leveneur, D. 1997, p. 10, note L. Amiel-Cosme ; Cass. soc. 4 déc. 2001, >**Document n°J6** Cah. dr. ent. 2002/4, p. 31, obs. D. Mainguy.

101 Cass. soc. 4 déc. 2001, préc.

par les règles propres aux droits des ententes (C. com. art. L. 420-2 et art. 36-2, abrogé par la loi du 1^{er} juill. 1996).

En l'absence d'exclusivité, comme dans les contrats de distribution sélective, un refus de vente sera opposé aux distributeurs non sélectionnés et les litiges qui surviennent seront souvent l'occasion de vérifier que les critères de ce contrat sont respectés.

Le fournisseur doit aussi d'autres obligations : livrer les marchandises dans les conditions prévues par le contrat, assister le distributeur lorsque le contrat le prévoit (comme les contrats d'approvisionnement exclusif) c'est-à-dire lui prêter des matériels (comme les cuves des contrats de pompiste de marque, fournir le savoir-faire nécessaire dans les contrats de franchise, assurer au distributeur la disposition de la marque du fournisseur, contrôler que les autres distributeurs respectent leurs obligations, etc.

38 Obligations du distributeur. Celles-ci sont en général plus lourdes. Il doit respecter les quotas prévus par le contrat, respecter l'exclusivité d'approvisionnement ou les critères du contrat de distribution sélective, payer, bien sûr le prix des marchandises, les droits d'entrée et redevances prévus par le contrat. La sanction est la résolution judiciaire ou la résiliation lorsqu'une telle clause a été insérée dans le contrat.

Il assume, surtout, des obligations à l'égard des consommateurs, sous-acquéreurs des marchandises vendues par le fournisseur au distributeur. Là se situe l'enjeu essentiel de ces contrats car le fournisseur cherche à organiser ces réseaux de distribution pour contrôler la distribution de ses marchandises aux consommateurs. Aussi ces contrats comportent-ils des clauses qui imposent par exemple des obligations de démonstration ou de conseil aux consommateurs, un service après vente même à ceux qui n'ont pas acquis les marchandises dans leur magasin.

En revanche, le distributeur n'est pas obligé de respecter l'obligation qui lui serait faite de revendre au prix imposé par le fournisseur. Cette obligation, et ses avatars comme les clauses de prix conseillé, sont, en effet, interdites par l'article L. 442-5 du Code de commerce ou bien par les articles L. 420-1 et L. 420-2

du Code de commerce en matière d'ententes et d'abus de domination.

§ 2. La qualité de l'exécution du contrat de distribution

39 Exécution de bonne foi des contrats de distribution.

La question de la qualité de l'exécution du contrat, en général, et plus singulièrement s'agissant des contrats relationnels comme les contrats de distribution, repose sur un double standard : le respect de la lettre du contrat et le respect de son esprit, traduit en droit français par l'exigence d'exécution de bonne foi des conventions (C. civ., art. 1134, al. 1^{er} et al. 3).

Sans revenir sur les conceptions fondamentales qui sous-tendent ces questions (102), on observe cependant que les contrats de distribution, sans doute par la fréquence des litiges en la matière, proposent des exemples jurisprudentiels efficaces, mais discutés. Selon la thèse du solidarisme contractuel, le contrat, par nature déséquilibré, impose, de la part du contractant dominant un effort particulier, de telle manière que l'exigence d'exécution de bonne foi, souvent maladroitement traduite par une « obligation » de bonne foi ou de loyauté, suppose la prise en compte des intérêts du partenaire dominé voire le sacrifice de ses propres intérêts. Une décision particulièrement controversée illustre ce point de vue (103) sanctionnant un concédant qui avait mis fin à un contrat en raison des difficultés économiques qu'il connaissait tout en distribuant des bénéfices importants à ses actionnaires (104). Toutefois, cette thèse ne semble pas avoir convaincu la doctrine et la jurisprudence de telle manière que l'exigence de loyauté de l'article 1134 al. 3 du Code civil se traduit soit par l'élimination, peu probable de cette exigence ou sa

102 Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n° 66 et 204 et la bibliographie.

103 D. Mazeaud, note sous Com. 15 janv. 2002, D. 2002. 1974, note Ph. Stoffel-Munck, D. 2002. 2841, note D. Mazeaud, *Cah. entr. entr.* 2002/5, *Chronique droit de la distribution*, p. 20 obs. D. Mainguy.

104 Cass. com. 15 janv. 2002, préc. >document n°J8.

réduction(105) soit par une exigence de compréhension, à construire, plus économique du comportement attendu des contractants, avec quelques exemples jurisprudentiels fameux et patents, dont l'arrêt *Huard*(106) et l'arrêt *Chevassus-Marche* (107).

Dans la première affaire, un fournisseur de produits pétroliers vendait de l'essence via des contrats d'approvisionnement exclusif avec des « pompistes de marque » dont M. Huard, mais aussi via un réseau de distributeurs-mandataires dans le but de proposer des prix aux consommateurs plus réactifs face à la concurrence de la grande distribution. Les prix proposés aux consommateurs via le réseau de mandataires étaient devenus plus bas que les prix de vente au pompiste de marque, lequel réagissait fortement. L'article 1134, al. 3 du Code civil y était utilisé au support d'une analyse économique, tirée de règles du droit de la concurrence permettant de comparer les conditions contractuelles, discriminatoires, existants entre deux façons de distribuer ses marchandises et de vérifier si l'une n'est pas préjudiciable à l'autre, et ainsi de ne pas lui permettre de réaliser l'objectif économique du contrat, revendre les produits fournis à un prix compétitif. Dans le second, une entreprise du secteur alimentaire avait conclu un contrat d'agence commerciale pour l'Océan Indien. L'agent commercial, M. Chevassus-Marche, invoquait la rupture du contrat du fait de l'inexécution de ses obligations par le mandant qui avait créé une division « export » dans son entreprise permettant, sur son secteur, à des acheteurs de s'approvisionner à des conditions plus favorables que par le truchement de l'agent. L'arrêt reprochait à l'arrêt d'appel de n'avoir pas « recherché si, informées des difficultés de (l'agent) en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont

105 Com. 10 juill. 2007, JCP 2007. II. 10154, note D. Houtcieff, E 2394, note D. Mainguy et J.-L. Respaud.

106 Com. 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy, RTD civ. 1993. 124. obs. J. Mestre, >document n°J4 .

107 Com. 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277, JCP 1999. I. 143, n° 6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, Defrénois, art. 36953, p.371, obs. D. Mazeaud, CCC 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal, RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre, >document n°J5.

pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles et de la mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ». On peut analyser ces arrêts comme imposant une exécution utile du contrat, pour permettre à son contractant de pratiquer des prix concurrentiels, voire une renégociation du contrat. Plus que la bonne foi imposée, c'était cependant la mauvaise foi, la déloyauté qui était sanctionnée, le comportement opportuniste. Il en résulte alors une considération de l'exigence de bonne foi plus opérationnelle fondée sur l'attente légitime des contractants, sur l'utilité du contrat et donc sur une logique de coopération de nature à valider l'efficacité du pacte contractuel⁽¹⁰⁸⁾. On retrouve alors cette exigence tout au long de la vie du contrat, même si c'est souvent plus spécifiquement au moment de l'extinction du contrat, avec une déclinaison de cette exigence sous forme d'abus dans l'exécution ou l'extinction du contrat.

§ 3. Les principales clauses communes des contrats de distribution

⁴⁰ Les contrats de distribution comprennent divers effets et obligations, le plus souvent organisés en « clauses », plus ou moins dépendantes les unes des autres. Certaines ne présentent aucune spécificité particulière, s'agissant de leur existence ou de leur validité, comme des clauses relatives à la responsabilité, des clauses relatives aux litiges, ou encore, plus sophistiquées et propres aux contrats d'affaires, des clauses de force majeure, des clauses d'adaptation, etc. En outre, certaines clauses seront plus spécifiquement envisagées comme les clauses de résiliation ou les clauses d'*intuitus personae* ; d'autres encore sont plus spécifiques à certains contrats de distribution et envisagées pour chacun de ces contrats spécifiques ; restent, alors quelques clauses communes, ou relativement communes, que sont les clauses d'exclusivité ou les clauses de non concurrence.

108 Cf. D. Mainguy, La liberté de l'entreprise face à ses partenaires, in Ph. Neuau Leduc (dir.), *Entreprise et liberté*, Trav. Ass. H. Cap. 2007, p. 25.

A. – Les clauses d'exclusivité

⁴¹ **Clause d'exclusivité.** La clause d'exclusivité est la clause la plus fréquente dans les contrats de distribution : elle impose par exemple au distributeur, pour une formule d'exclusivité d'approvisionnement, de ne contracter qu'avec le fournisseur à l'exclusion de tout autre⁽¹⁰⁹⁾. Il s'ensuit une obligation de ne pas contracter avec d'autres mais également une obligation positive de contracter avec le fournisseur (110).

L'exclusivité se présente ainsi comme un lien, ici contractuel qui se dédouble et impose une obligation négative, l'obligation de ne pas conclure de contrat contraire à l'objet de l'exclusivité, et une obligation positive de conclure des contrats avec l'autre partie. L'obligation d'exclusivité est en effet destinée à assurer, entre deux contractants, un lien particulier, *excluant* tous les autres. Cette double nature de l'obligation d'exclusivité conduit à insister tantôt sur l'aspect négatif tantôt sur l'aspect positif de l'exclusivité.

Du point de vue de son aspect positif, la clause d'exclusivité est fréquemment accompagnée d'obligations accessoires. Ainsi en est-il de la clause de rendement qui impose au distributeur de réaliser un certain nombre d'opérations contractuelles avec ses propres clients : on les appelle alors clause de minima lorsqu'on envisage les volumes d'achats que le distributeur doit réaliser, clause de quota lorsqu'il s'agit de mesurer un minimum de reventes. La jurisprudence attache une certaine importance à ces clauses : c'est ainsi qu'elle considère que leur non respect justifie la résiliation du contrat à moins que le fournisseur ait admis une tolérance particulière qui l'empêche d'imposer une rigueur nouvelle, sauf à manquer à la bonne foi contractuelle (111). La Cour de cassation considère par ailleurs que les clauses d'objectif

109 Cf. S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, *Bibl. dr. ent.*, t. 57, Litec, 2002 ; S. Bosco, *Le contrat exclusif*, PUAM, 2007, N. Eréséo, *La clause d'exclusivité*, Thèse Montpellier, 2007.

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

111 *Com.* 7 déc. 1993, *RTD civ.* 1994. 855, obs. J. Mestre

créent des obligations de moyens, et non de résultat (112).

Du point de vue négatif, la clause d'exclusivité peut ainsi être confondue avec une obligation de non concurrence (cf. infra.). Ainsi le mécanisme d'exclusivité est considéré, par le Règlement n°330/2010 (art. 5, a) comme une obligation de non concurrence. Ainsi une obligation d'exclusivité d'approvisionnement impose-t-elle à son débiteur de ne pas conclure de contrat portant sur l'objet de l'approvisionnement avec un autre fournisseur, mais elle n'interdit pas au distributeur d'entretenir une autre activité : pour que celle-ci soit, conventionnellement, interdite, il faudrait ajouter une obligation de non concurrence, le plus souvent en développant le contenu de l'exclusivité, qui serait alors soumise aux critères de validité des engagements de non concurrence.

Plusieurs types d'exclusivité peuvent être envisagés. L'exclusivité de marque impose à son débiteur de ne conclure des contrats que portant sur la marque, avec le fournisseur ou un tiers, l'exclusivité de distribution suppose que le distributeur n'effectue qu'une activité d'un type déterminé, comme c'est le cas de l'exclusivité d'approvisionnement ou l'exclusivité de fourniture, voire l'exclusivité réciproque. Il peut s'agir d'une exclusivité territoriale, non réservée aux mécanismes de distribution de produits, par laquelle un territoire est découpé en sous-territoire sur lequel le distributeur dispose d'un « monopole » d'action. C'est pour identifier cette situation que l'on a nommé certains contrats comme des contrats de *concession* : le fournisseur, le concédant, concède à un distributeur le droit de distribuer ses produits sur un territoire sur lequel il est le seul à opérer. Mais bien des contrats de distribution portant sur des services contiennent des formules d'exclusivité territoriale. On voit alors que les clauses d'exclusivité combinent très fréquemment les différents types d'exclusivité.

112 Cf. Paris, 12 avr. 1996, D Affaires 1996. 713 et v. les références citées in R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Perruzzeto et M. Luby, Droit économique, éd. Lamy, n^{os} 3952 s. ; Ph. Becqué, « Les clauses de quotas dans les contrats de concession exclusive », Cah. dr. ent. 1985/4, p. 21

42 **Validité des clauses d'exclusivité.** La première technique de validité repose sur les règles du droit des contrats. Celle-ci dépend notamment de la question de la durée et de l'appréciation de l'article L. 330-1 du Code de commerce ce qui concerne les contrats-cadres ayant pour l'objet des ventes (Cf. supra). La question se pose, cependant de savoir si la validité des clauses d'exclusivité ne pourraient être envisagée de manière générale. C'est précisément cette voie que la Chambre sociale de la Cour de cassation suit s'agissant de la validité des clauses d'exclusivité dans un contrat de travail en retenant que « *la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* » et qu' « *il en résulte que la clause d'un contrat de travail par laquelle un salarié s'engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle* » (113). On reconnaît là une formule voisine de celle utilisée pour la validité des clauses de non concurrence, la condition de rémunération en moins. Une partie de la doctrine considère que cette exigence de proportionnalité doit être envisagée de manière générale, bien au-delà du droit du travail, de telle manière que la démonstration (par le créancier d'exclusivité) du caractère proportionnel aux objectifs de l'engagement et le caractère raisonnable de la clause d'exclusivité sont indispensables et préalables à sa validité (114). Pour autant, et à notre connaissance, aucune décision n'a jusqu'à présent affirmé de telles restrictions (115). Dans ces deux arrêts, un concédant automobile avait été condamné pour ne pas avoir levé l'exclusivité à laquelle était tenu son concessionnaire pendant le

113 Cass. soc., 11 juill. 2000, JSL 2000, n° 65-3, obs. M. Hautefort, Dr. soc. 2000, p. 1141, obs. J. Mouly.

114 Cf. N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Petites affiches 30 sept 1998, n° 117, p. 21.

115 mais, de manière toutefois voisine : Cass. com., 12 nov. 1996, n° 94-14.239, RTD civ. 1997, p. 931, obs. J. Mestre ; Paris, 26 mars 1999, JCP éd. G 1999, II, 10244, note J.-P. Chazal, RTD civ. 2000, p. 114, obs. J. Mestre.

préavis de rupture, alors que ce dernier disposait, dans la première espèce, de l'opportunité de s'intégrer immédiatement dans un autre réseau de distribution et qu'il se voyait, dans la seconde, offrir une reconversion, dont la nécessité ne posait aucune difficulté. Ces solutions sont certes un peu éloignées du problème étudié mais montrent qu'une telle clause d'exclusivité peut être écartée si elle n'est pas ou plus justifiée. On peut ajouter que la jurisprudence tend parfois à contrôler des clauses sur le fondement de leur potestativité, tirée des raisonnements de l'article 1174 du Code civil, pourtant réservé aux conditions (116). On pourrait ainsi envisager la clause d'exclusivité d'un autre regard de manière à s'interroger sur les objectifs du contrat, « l'intérêt légitime à protéger » et le caractère proportionné ou indispensable des moyens contractuels, ici la clause d'exclusivité et ses modalités, pour y parvenir (117).

La seconde repose sur l'appréciation de ces clauses au regard de l'application des règles du droit de la concurrence (*cf. Infra*). Du point de vue du Règlement n°330/2010 en effet on peut distinguer trois types de clauses.

La **clause d'exclusivité absolue** est la formule la plus dure : elle consiste pour le débiteur d'exclusivité, le distributeur le plus souvent, à ne pouvoir revendre que dans le périmètre territorial qui lui est accordé sans pouvoir effectuer de vente active, c'est-à-dire de prospecter des clients situés hors sa zone, ni de vente passive, c'est-à-dire de vente à des clients qui seraient domiciliés hors sa zone sans avoir été préalablement démarché en ce sens. Le distributeur voit ainsi son territoire parfaitement cloisonné, imperméable à toute concurrence externe et pour cette raison ces clauses sont prohibées par le droit de la concurrence. C'est même, dans le règlement n° 330/2010 (art. 4), une cause systématique de retrait de l'exemption, en droit communautaire de la concurrence (*cf. infra* n° 478).

La **clause d'exclusivité renforcée** impose au vendeur de ne pas effectuer de vente active, mais admet les ventes passives : le

116 Cf. Paris, 6 oct. 1999, BRDA 1999, n° 24, p. 7.

117 V. cependant : N. Vignal, Les clauses d'exclusivité et de non concurrence, in B. Fages (dir.), Droit du contrat, Ed. Lamy, étude n°338.

secteur du concessionnaire est donc protégé, tout en assurant quelques éléments de perméabilité aux tiers. Elle reste licite dans cette limite. La **clause d'exclusivité simple** est la formule la plus bénigne pour le droit de la concurrence : le distributeur dispose d'un territoire qui est en quelque sorte une base de départ, lui permettant de commercer avec des clients situés sur un autre territoire que le sien, favorisant ainsi une concurrence interne au réseau de distribution.

B. – Les clauses de non concurrence

⁴³ **Clause de non concurrence, définition.** Très fréquemment, le contrat comporte une clause de non concurrence pendant l'exécution du contrat, qui n'est pas sans poser bien des difficultés. Ces clauses interdisent au distributeur d'exercer une activité qui serait susceptible de faire concurrence à celle du fournisseur. En ce sens, ces clauses de distinguent des clauses d'exclusivité (118).

L'une des difficultés majeures consiste à repérer les situations propices au développement d'un tel mécanisme, mais également à mesurer leur validité. Le principe de liberté contractuelle, qui permet de valider la clause de non concurrence est en effet contrainte par d'autres liberté, la liberté du travail ou la liberté d'entreprendre. Si la liberté contractuelle comprend en effet la possibilité pour chacun d'aliéner ses droits (sauf certaines exceptions, droits dont l'individu ne peut disposer) : la libre concurrence implique également, au regard de la liberté contractuelle, la possibilité de renoncer à la première de ces deux libertés, même si, en général, l'obligation de non concurrence constituent des exceptions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui notamment justifie l'interprétation stricte

118J.-L. Bergel, Les clauses de non concurrence en droit positif français, Etudes Jauffret, 1973, p.23 ; Y Serra, L'obligation de non concurrence, Th. Montpellier, 1970, Bibl. dr. comm., Sirey, 1970 ; La non-concurrence, Dalloz, 1991 ; Y. Auguet, Concurrence et clientèle, LGDJ, 2000 ; M. Depincé, « La clause de non-concurrence et ses alternatives », RTD com. 2009/4 ; M. Chagny et J.-L. Fourgoux, Les clauses de non concurrence, approche pratique, DLDA, 2012/68, n°3886.

de celles-ci. Bien des hypothèses d'engagements de non concurrence résultent cependant de règles légales, dans les sociétés civiles professionnelles (L. 29 nov. 1966, art. 4), ou de l'associé qui réalise un apport en société en industrie (C. civ., art. 1843-3 *in fine*), cédant d'un fonds de commerce tenu au titre de l'obligation de garantie de son fait personnel à l'égard du cessionnaire et surtout dans le contrat de travail, sur le fondement des articles 1384 du Code civil et 1222-1 du Code du travail, ce dernier imposant une « obligation de fidélité » à la charge du salarié. Plus complexe est la question de savoir si une telle obligation naît du contrat de société. En principe, le référé de la liberté du commerce et de l'industrie empêche qu'une telle clause prospère, même sous l'égide d'une obligation de bonne foi reconnue dans ce contrat (119). Plus largement, l'existence d'une obligation « légale » ou intrinsèque, plus exactement, de non concurrence postcontractuelle découle, dans les contrats qui emportent cession de clientèle, de la garantie d'éviction du fait personnel (120), qu'il s'agisse d'une vente de fonds de commerce (121) ou de cession de parts sociales (122).

La question se présente de façon plus complexe dans les contrats de distribution, hormis les situations aisées, telles celle des distributeurs salariés, comme les VRP, ou des mandataires, comme les agents commerciaux (C. com., art. L. 134-3) et le mandataire d'intérêt commun de façon plus générale (123).

La question se pose véritablement à propos des contrats de distribution en réseau : contrats de concession, de franchise,

119 Cf. Cass. com., 11 févr. 1964, Bull. civ. III, n°67. Adde L. Godon, Les obligations de l'associé, *Economica*, 1999, L'obligation de non concurrence des dirigeants sociaux, Bull. Joly, 1999, p. 5. Mais comp. A. Viandier, obs. in D. 1991, p. 610, proposant une obligation de non concurrence dans les sociétés à fort intuitus personae et v. Cass. civ. 3^{ème}, 12 oct. 1971, Bull. civ. III, n°486 (SNC).

120 Y. Serra, La non concurrence, Dalloz, 1991.

121 Cf. Cass. com. 24 févr. 1998, D. 1999, somm. p. 101, obs. Y. Picod, Y. Serra, « la non concurrence en matière commerciale et civile », op. cit., n°151.

122 Cf. Cass. com. 20 févr. 2007, Contrats, Conc. Consom., comm. n° 123, note M. Malaurie-Vignal.

123 Cass. com., 16 mars 1993, RJDA 1993, n° 615.

d'approvisionnement exclusif, etc.

La question se pose en premier de la présence d'une telle obligation dans les contrats comportant un engagement d'exclusivité. L'engagement d'exclusivité emporte nécessairement une part d'engagement de non-concurrence : c'est l'aspect passif de l'exclusivité consentie. Cela reste cependant confiné à l'objet de l'exclusivité : la présence d'une clause d'exclusivité n'emporte pas engagement de non concurrence plus générale en dehors de cet objet, et notamment par principe aucune obligation de non-concurrence post-contractuelle. Par exemple, le fait pour un distributeur débiteur d'une obligation d'exclusivité d'approvisionnement de se fournir en produits concurrents serait une violation de l'engagement d'exclusivité (124) mais celle-ci n'empêche pas de se fournir en produits différents, que le fournisseur ne commercialise pas. Inversement, le fait pour un débiteur d'exclusivité territoriale, un concédant notamment, d'installer un nouveau concessionnaire sur le territoire d'un concessionnaire installé viole cette obligation d'exclusivité et donc cette part de non concurrence (125), mais n'interdit en rien de l'installer sur un territoire voisin.

La jurisprudence est alors souvent confrontée à la violation indirecte de cette clause, via une personne morale créée à cet effet par le distributeur. Lorsque la clause de non concurrence vise cette situation, par exemple en indiquant qu'est interdit tout acte de concurrence « *direct ou indirect* », la résiliation du contrat pour violation de l'obligation de non concurrence peut aisément être demandée. A défaut, la Cour de cassation considère que seule la fraude aux droits du fournisseur justifie le dépassement de l'écran constitué par la personne morale (126).

Si le principe de liberté contractuelle accueille, en principe, favorablement ces clauses, elles peuvent cependant être suspectes dans la mesure où elles peuvent porter atteinte à des droits fondamentaux comme la liberté du travail, la liberté d'entreprendre.

124 Cf. Cass. com. 19 juill. 1971, Bull. civ. IV, n°219.

125 Cf. Cass. com. 20 juill. 1965, Bull. civ. III, n°466.

126 Cf. Com. 15 déc. 1992, D. 1994. Somm. 75, obs. Y. Picod.

44 **Clause de non concurrence, distinction.** Il convient par ailleurs de distinguer l'engagement de concurrence d'obligations voisines.

C'est le cas de l'obligation d'exclusivité. Un engagement d'exclusivité impose à son débiteur de ne réaliser un acte qu'avec son créancier, par exemple s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur. Celui-ci comporte un élément actif principal, une obligation de faire en quelque sorte, s'approvisionner exclusivement, et un élément passif, une obligation de ne pas faire, ne pas s'approvisionner ailleurs, mais qui est la conséquence directe du premier. En revanche, l'obligation de non concurrence s'analyse simplement en une obligation de ne pas faire.

C'est le cas encore de l'obligation de fidélité ou de l'obligation de loyauté qui constituent des engagements voisins, mais finalement très différents : d'ailleurs, l'obligation de fidélité ou l'obligation de loyauté est une déclinaison de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Ici encore, l'obligation présente un double visage, actif et passif.

C'est enfin le cas de l'obligation de confidentialité. Celle-ci est, comme l'obligation de non concurrence, une pure obligation d'abstention. Son objet est cependant différent, ne pas divulguer d'information qui auraient été données au débiteur de secret. On conçoit cependant les liens entre ces deux types d'obligations. L'obligation de non concurrence comme l'obligation de secret visent à préserver une certaine avance concurrentielle sur un marché.

C'est encore le cas d'obligations qui apparaissent comme des déclinaisons voire des substituts ou des alternatives aux engagements de non concurrence comme les clauses de non-réaffiliation.

La jurisprudence entend généralement la notion de façon assez large : clause de non-concurrence, clause de non-rétablissement, clause de non-réinstallation, clause de non-exportation, clause de non-réaffiliation, sans donner systématiquement un régime identique à toutes ces clauses. Elle envisage parfois également ces clauses (dans l'hypothèse d'une atteinte moins grave aux droits

fondamentaux de son débiteur) avec une certaine faveur, cherchant à les valider plutôt qu'à les annuler et, donc, recherchant une interprétation stricte de leur contenu.

Les conditions traditionnelles de validité des clauses de non-concurrence reposent sur le principe de liberté contractuelle qui l'emporte, ici, sur celui de la liberté individuelle. Les clauses de non-concurrence sont, donc, valables, par principe. Il en résulte que c'est toujours à leur débiteur d'apporter la preuve de leur non-conformité à la loi et non au créancier de prouver leur validité : le créancier, pour faire valoir ses intérêts, peut notamment saisir le juge des référés sur le fondement d'un manquement manifeste aux stipulations contractuelles. Les clauses de non-concurrence n'étaient cependant validées que si – et c'est une formule existant depuis bien longtemps – « *ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu* » (127).

45 Validité des clauses de non concurrence, conditions traditionnelles. Les conditions traditionnelles de validité des engagements de non concurrence sont aisées à identifier.

En premier la clause de non concurrence doit comprendre une **limitation quant à l'activité interdite**, et cette limitation doit être déterminée précisément; il s'agit d'éviter que la clause de non concurrence n'aboutisse à empêcher toute activité commerciale ou professionnelle pour son débiteur. Cette exigence est essentiellement formulée dans le contentieux des relations de travail : la clause de non-concurrence pour être valide doit ici toujours préserver la possibilité pour son débiteur de retrouver une activité conforme à sa formation et à ses compétences (128). Toute clause de non-concurrence qui priverait son débiteur de toute possibilité de travailler serait par conséquent très vraisemblablement annulé par le juge.

En second la clause de non concurrence doit connaître une

127 M. Depincé, La clause de non-concurrence et ses alternatives, RTD com. 2009, p. 259 et s.

128 Cf. Cass. soc. 4 mars 1970, Bull. civ. V, n° 155 ; Cass. Soc. 2 déc. 1997, RJS 1998, n° 33 et Dr. Soc. 1998, p. 279 ; Cass. soc. 7 mars 2007, préc.

limitation, alternative, quant au temps et quant au territoire. Il s'agit d'éviter des interdictions perpétuelles ou sans limites spatiales d'exercer une activité. Cette seconde exigence est cependant alternative : est valable une clause qui ne comprend qu'une limitation temporelle ou qu'une limitation spatiale. Toutefois, qui peut le plus peut le moins : est, *a fortiori*, valable une clause qui comporte la double limitation (exigence qui est formulée dans les contrats de travail). Cette seconde limitation est cumulative avec la première : doivent se retrouver dans la clause une limitation quant au périmètre d'activité et une limitation quant au temps ou quant au lieu. On évoque à cet effet l'exigence d'une *double limitation* (l'on parle en revanche de *triple limitation* des clauses de non concurrence dans le contrat de travail). Une clause qui ne satisfait pas entièrement les deux conditions ci-dessus énoncées (temps ou espace, objet) peut être considérée comme annulable. Le juge a pu plusieurs fois, à l'inverse, considérer que bien que limitée à la fois quant à son objet, dans le temps et dans l'espace, la clause litigieuse n'en était pas moins disproportionnée (129). Il est alors important de décrire la conception contemporaine de l'analyse de validité des clauses de non-concurrence.

46 Validité des clauses de non concurrence, conditions nouvelles. De conditions nouvelles de validité se sont ajoutées, qui correspondent à une appréciation plus moderne de la validité de telles clauses, soit qu'elle repose sur la notion de cause de l'engagement, soit qu'elle se fonde sur un raisonnement en termes de proportionnalité.

Une première condition nouvelle est exigée par la Cour de cassation, fondée sur une exigence de proportionnalité et sur l'intérêt du créancier. Ainsi, un arrêt du 14 mai 1992 dit du « *laveur de vitres* » (130) revenait sur la jurisprudence traditionnelle

129 Cass. com., 4 janv. 1994, D. 1995, p. 205, obs. Y. Serra.

130 Cf. Cass. soc. 14 mai 1992, Bull. Civ. V, n° 309, D. 1992, p. 350, note Y. Serra > **document n°J9**; Y. Serra, « La qualification professionnelle du salarié – élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail », D. 1996, chron. p. 245 et s. ; G. Damy, « La clause de

qui admettait la validité de la clause de non concurrence même lorsqu'elle ne présentait aucun intérêt pour le créancier : il s'agissait d'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail qui avait été annulée car elle n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Cette nouvelle approche des clauses de non-concurrence est à l'origine d'une évolution majeure de la matière, plus subjective car plus pragmatique, imposant une analyse de validité des clauses de non-concurrence au regard de leurs effets pour leur débiteur.

Ce faisant, la jurisprudence, avant même de poser la question de la limitation de la clause de non-concurrence, impose au titre de sa validité une exigence de légitimité. Seul un intérêt légitime du créancier peut en effet justifier et autoriser une atteinte à un droit (la liberté d'entreprendre ou la liberté du travail) que la Constitution considère comme fondamental. Chaque clause de non-concurrence doit alors être nécessaire pour protéger un intérêt menacé de son créancier. Il est alors nécessaire pour le créancier de pouvoir prouver ce caractère nécessaire de l'atteinte qu'il porte contractuellement aux droits de son cocontractant (en en justifiant *a priori* par une référence expresse dans la clause litigieuse ou *a posteriori* quand il lui appartient de prouver la légitimité de la clause devant le juge saisi de son invalidité). La clause de non-concurrence doit alors être justifiée par les pouvoirs de son débiteur : ce dernier a-t-il les moyens de porter atteinte aux droits de son créancier grâce à la connaissance particulière qu'il a de celui-ci ? Il convient alors de prouver pour que la clause de non-concurrence soit assurée d'une cause légitime que le débiteur présente un réel danger pour le maintien du niveau d'activité, qu'il est à même de détourner la clientèle de l'entreprise ou de diffuser son savoir-faire, d'exercer une concurrence particulièrement déloyale par sa connaissance des fournisseurs de l'entreprise, etc. Dans un contrat de franchise par exemple, la non-concurrence imposée à l'ancien franchisé après la rupture du contrat ne peut être validée par le juge qu'en

non-concurrence dans les relations de travail », JCP, E, 2008, 1025, Cass. soc. 4 avril 2007, n° 05-45714, inédit.

présence d'un savoir-faire à protéger suffisamment consistant (131). Dans un contrat de travail, la clause doit être rendue nécessaire, et ce en raison des fonctions préalablement exercées par ce même salarié.

Cette exigence de légitimité permet également d'apprécier la mesure de l'atteinte portée aux droits du débiteur. Depuis un arrêt du 9 novembre 1993 (132), la jurisprudence exige que la clause de non concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, soit *proportionnée à l'intérêt légitime à protéger*, c'est-à-dire, à l'objectif fixé par le contrat. Cet objectif, comme il apparaît également sous les auspices du droit de la concurrence, est la réalisation de l'objet du contrat, à savoir, par exemple le transfert de la clientèle au cessionnaire pour un contrat de cession de fonds de commerce.

Cette exigence de proportionnalité peut être retrouvée dans une formule du Code du travail qui dispose, en son article L. 120-2, que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* ». Cette condition nouvelle de proportionnalité a été confortée par la Cour de cassation, par exemple pour annuler une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail conclu avec un dirigeant de la société qui l'employait (133), parce qu'elle était « *disproportionnée par rapport à l'objet du contrat* » ou pour annuler sur le fondement de l'article 1131 du Code civil une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat d'association conclu entre deux médecins qui n'était pas proportionnée à l'intérêt protégé

131 Cf. cass. com. 14 nov. 1995, D. 1997, somm. p. 59, obs. D. Ferrier > **document n°**.

132 Cf. cass. com. 9 nov. 1993, Bull. civ. IV, n°399, D. 1994,399, note D. Lombard, D. 1994, Somm. 220, obs. Y. Serra) et surtout un arrêt du 4 janvier 1994 (Cf. Cass. com. 4 janvier 1994, Bull.civ, n°IV, D.1995.205, note Y. Serra, RTD civ.1994.349, obs. J. Mestre; v. aussi, coll. Paris 1998, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Les Petites affiches, 30 sept. 1998.

133 Cf. Cass. com. 16 déc. 1997, Contr. Conc. consom. 1998, n°39, obs. L. Leveneur.

(134).

L'emploi de la clause de non-concurrence, en plus d'être légitime, doit par conséquent ne pas non plus revêtir de caractère abusif. Par conséquent, dorénavant et contrairement à l'analyse classique, une clause de non-concurrence bien que limitée à la fois quant à son objet, dans le temps et dans l'espace, pourrait être considérée comme disproportionnée. La loi elle-même reprend parfois ces trois exigences, pour les agents commerciaux indépendants (*Directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, JO L 382 du 31 décembre 1986, article 20, prévoyant une limitation au « secteur géographique ou le groupe de personnes et le secteur géographique confiés à l'agent commercial ainsi que le type de marchandises dont il avait la représentation aux termes du contrat » et pour une durée de deux ans. C. com., art. L. 134-14*) ou pour certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est exemptée que si sa durée ne dépasse pas 5 années, si elle est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur (*REC n°2790/99, REC n°330/2010, art. 5, >document n°L4*).

Il en résulte par conséquent une analyse de la validité des clauses de non-concurrence selon leurs effets qui ne peuvent être plus contraignants que ce qu'impose la stricte protection de l'intérêt légitime à protéger. Directement inspirées des règles du droit de la concurrence, ces règles ont vocation à être généralisées dans les contrats. De la même manière, l'interprétation de la portée d'une clause de non-concurrence, attentatoire par principe à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du travail, est nécessairement, restrictive : en dehors des seules prévisions des parties, il ne saurait y avoir aucune interdiction de concurrence, quand bien même à l'évidence les parties ont été peu prévoyantes. La chambre commerciale de la Cour de cassation a par exemple cassé un arrêt de la cour d'appel de

134Cf. Cass. civ. 1ère, 11 mai 1999, *Contr. conc. consom.* 1999, n°137, obs. L. Leveneur. V. aussi Com. 4 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 98, D. 2002, p. 2328.

Bordeaux sur l'interprétation d'une clause d'exclusivité au motif « *qu'il résultait de ses constatations que le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* » (135).

47 Validité des clauses de non concurrence, conditions nouvelles, cause et rémunération. Une seconde nouvelle condition nouvelle a été ajoutée, dans le contrat de travail, par un arrêt du 10 juillet 2002 imposant une contrepartie financière à la clause de concurrence en raison du « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* » (136). Ces arrêts sont majeurs à plus d'un titre. En premier, bien entendu, s'agissant de la validité des clauses de non-concurrence en droit du travail. En deuxième et de manière dérivée, s'agissant de l'application de cette jurisprudence, rétroactive même à l'égard de clauses de non-concurrence qui étaient auparavant jugées valables, ce qui a conduit la Cour de cassation à un important travail d'explication de l'effet immédiat de ces décisions (137) alors que quelques années plus tard elle en énonçait elle-même la sanction sous la forme d'une peine privée. Enfin, sur l'éventuelle exportation de cette jurisprudence en dehors du contrat de travail. La question posée est de savoir si l'engagement de non-concurrence suppose une cause particulière distincte de celle que l'on peut identifier dans le contrat qui l'accueille. Ainsi, la clause de non-concurrence postcontractuelle peut être considérée comme causée dans la mesure où elle trouve sa justification dans une analyse globale, dans l'activité passée avec le cocontractant. Pourtant, la jurisprudence sociale a donné l'exemple d'une analyse différente,

135 Cass. com. 14 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 65.

136 Cf. Cass. soc, 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239, D. 2002, p.2491, note Y. Serra, JCP 2002, II, 10162, note D. Corrignan-Carsin > **document n°J10**; JCP E 2003, I, 446, obs. B. Teyssié, Contrats, conc. consom. 2002, n°141, obs. M. Malaurie-Vignal, Cass. soc. 18 sept. 2002, Bull. civ. V, n°273, Cass. soc. 29 janvier 2003, Bull. V, n° 27, Cass. soc. 17 déc. 2004, Bull. V, n°346, Cass. soc. 28 janv. 2005, Bull. V, n°36.

137 Cf. Cass. soc. 17 déc. 2004, Bull. V, n°346, Cass. soc. 28 janv. 2005, Bull. V, n°36 > **document n°**.

plus singulière, suivant en cela un examen des clauses de non-concurrence, quel que soit le contrat qui les porte, en termes de proportionnalité, c'est-à-dire en termes d'équilibre des prestations, c'est-à-dire en termes de cause (138). Certains professionnels ont tenté d'obtenir l'extension de cette jurisprudence à d'autres relations contractuelles que la relation employeur – salarié, sans succès jusqu'à présent (139). Il semble alors que contrairement à ce qui avait été proposé par une partie de la doctrine, l'exigence d'une contrepartie financière par la jurisprudence sociale ne soit pas fondée sur un concept de cause complexe (pour garantir contre chaque engagement majeur, une contrepartie directe) (140), mais bien à la seule volonté de protéger le salarié contre des clauses qui en pratique lui sont toujours imposées. La Cour de cassation ont d'ailleurs largement innové quelques années plus tard pour assurer une pleine efficacité à ce revirement de jurisprudence de 2002, considérant en premier lieu en 2006 que le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence annulable faute de contrepartie financière est censé lui causer, nécessairement, un préjudice (141). Avant cette décision en effet, chaque employeur pouvait être tenté de maintenir dans l'ensemble des ses contrats de travail la clause de

138Ch. Jamin, *Clauses de non-concurrence et contrat de franchise*, D. 2003, chr. p. 2878 ; D. Mazeaud, *RDC* 2005, p. 684.

139 Cf. CA Reims, ch. civ., sect. 1, 9 mai 2005 ; CA Caen, ch. civ., sect. 1, 3 novembre 2005, CA Aix en Provence, ch. 2, 19 juin 2006, *Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme*, Centre de droit de la concurrence Yves Serra, D. 2006, chron. p. 2924. Y compris lorsque la loi elle-même pose les conditions de validité d'une clause de non-concurrence, C. com., art. L. 134-14 pour les agents commerciaux, sur ce point Cass. com. 4 décembre 2007, *RTD com.* 2008, p. 615, note B. Bouloc ; *Contrats conc. Consom.* février 2008, comm. n° 38, obs. N. Mathey ; D. 2007, .V. sur ce point Y. Picod, Y. Auguet, M. Gomy, V. Valette Ercole, S. Robinne, *Chronique « Concurrence interdite concurrence déloyale et parasitisme »*, Dalloz 2008, p. 247 et s.

140 Cf. Ch. Jamin préc. Et Y. Serra, note sous Cass. soc. 10 juillet 2002, D.2002, p. 311.

141 Cf. Cass. soc. 11 janv. 2006, *Jurisprudence sociale Lamy* 2006 n° 183 p. 9. Il s'agit peut-être alors d'un nouvel exemple de peine privée instituée par le juge. En ce domaine, v. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ Montchrestien 1998.

non-concurrence imposée au salarié, la seule sanction encourue étant à la suite de la jurisprudence de 2002, l'annulation de la clause litigieuse. Cette sanction semblait encore trop peu incitative. Qui plus est désormais, toute contrepartie dérisoire est assimilée à une absence totale de contrepartie (142). Cette contrepartie, qui ne peut être versée qu'après la rupture du contrat (143), demeure due quelle que soit la partie à l'origine de la rupture du contrat de travail (144), quelle qu'en soit la cause (145) et même si le salarié a retrouvé un nouvel emploi (146).

48 Alternatives aux engagements de non-concurrence.

En outre, les alternatives aux engagements de non-concurrence sont nombreuses. Le mécanisme d'exclusivité, par exemple contient une forme de non-concurrence en ce sens que le débiteur d'exclusivité est contraint de ne pas exercer d'activité similaire à celle faisant l'objet de l'exclusivité. Bien des clauses se présentent également comme des clauses de « non-activité » comme les clauses de non-réinstallation, que l'on trouve dans des cessions d'activité, comme une cession de titres, de branche d'activité ou de fonds de commerce, ou comme les clauses de non-exploitation, accessoires à des contrats portant sur des droits

142 Cf. Cass. soc., 15 nov. 2006, JCP S 2007, note I. Beyneix. La clause annulée prévoyait en l'espèce une contrepartie égale à un dixième du salaire brut mensuel

143 Cf. Cass. soc., 7 mars 2007, D. 2007, p. 1707, note C. Lefranc Harmoniaux, JCP S 2007, note I. Beyneix.

144 V. notamment Cass. soc. 31 mai 2006, JCP S 2006, 1731, note et JCP E 2006, 1590, note S. Béal et Cass. soc. 27 février 2007, LPA 13 avril 2007, n° 75 p. 13, note E. Pierroux.

145 Un licenciement pour faute grave ne prive pas le salarié de son droit à une contrepartie financière pour l'exécution de la clause de non-concurrence post-contractuelle qui le lie à son ancien employeur, Cass. soc., 28 juin 2006, Bull. civ. 2006, V, n° 231 et Cass. soc. 10 mars 2009, 1114, note I. Beyneix. Une convention collective ne peut non-plus déroger au principe pour exclure cette contrepartie financière, Cass. soc. 4 juin 2008, JCP (S) 2008, 1565, note E. Letombe.

146 Une clause refusant le versement de la contrepartie financière dans une telle hypothèse a ainsi pu être annulée, Paris 21^{ème} chambre C, 3 mai 2007, inédit.

de propriété intellectuelle.

Plus originale est la **clause de non réaffiliation** (147) qui interdit à l'ancien membre d'un réseau de distribution d'intégrer un réseau concurrent, une forme organisée d'exercice de son activité (148). Ce type de clause a été créé par la pratique dans le but de contourner les rigidités propres à la clause de non-concurrence, en droit des contrats comme en droit de la concurrence (149), avec, il est vrai quelques singularités, dont le fait qu'une telle clause n'empêche pas son débiteur d'exercer toute activité, mais simplement de l'exercer dans un réseau. Pourtant, les ressemblances entre les deux formules contractuelles sont plus importantes que leurs différences (150), dans la mesure où elles affectent la capacité d'exercer une activité, notamment lorsque, en pratique, l'activité objet de l'engagement de non-affiliation ne peut s'effectuer de manière optimale que dans un réseau, de telle manière qu'elles sont, aujourd'hui, appréciées de manière assez voisine, sinon identique, avec les mêmes exigences pour leur validité, avec toutefois un *a priori* plutôt favorable pour l'engagement de non-affiliation (151).

147 M. Depincé, La clause de non réaffiliation, Dr. & Patr. Janvier 2007, p. 51, D. Baugard, Unité et diversité des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation, RLDC, 20110, n°4798.

148 Cf. Cass. com. 28 sept. 2010, n°09-13888)

149 Cf. J. Raynard, La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution, Cah. dr. entr. 2005, n° 3, p. 33.

150 V. cependant, un temps : CA Paris, 18 décembre 1998, D. Aff. 1999, p. 420, note E. Putman, Cah. dr. entr. 1999/2, Chron. Droit de la distribution, n°6, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud.

151 Cf. Cass. com., 17 janvier 2006, Contrats, conc., consom., n° 67, note M. Malaurie-Vignal « la clause de non-réaffiliation n'interdisait pas la poursuite d'une activité commerciale identique et se trouvait limitée dans le temps et dans l'espace », Cass. com., 22 février 2000, Contrats, conc., consom. Juin 2000, n° 92, obs. L. Leveneur, Rennes, 23 mars 2004, LD 2004, n° 11 et JCP (E) 2005, p. 474, note J. Raynard, Douai, 15 octobre 2001, RJDA 2002/7, n° 757 et D. 2002, p. 3005, obs. D. Ferrier, Paris 4 janvier 2006, Distrimarché / Prodim, LD février 2006, , Déc. n° 97-D-51 du 24 juin 1997, Hypromat France, Gaz. Pal. 3 juillet 1998, somm. p. 23 (validité de la clause). Validant dans le même contrat une clause de non-réaffiliation mais annulant la clause de non-concurrence, cf. CA Douai, 15

Les **clauses de non-sollicitation** s'inscrivent souvent dans un autre domaine, celui des relations de travail où là encore la pratique a cherché des techniques tout aussi protectrices pour l'employeur sans risque d'avoir à verser une contrepartie financière au débiteur de la stipulation contractuelle (152). La clause de non-sollicitation n'institue aucun lien de droit entre l'employeur et son employé, mais oblige celui qui pourrait être le futur employeur du salarié. Le débiteur de cette clause n'étant pas un salarié, elle n'est pas *a priori* soumise aux exigences de la jurisprudence sociale. Conclue entre un prestataire de services et son client, elle interdit simplement et expressément à ce dernier d'embaucher le personnel détaché par le prestataire auprès de lui. La clause peut être ainsi rédigée : « *les parties s'engagent à ne pas solliciter, ni faire travailler, directement ou indirectement, tout collaborateur ou mandataire de l'autre partie, même si la sollicitation initiale est formulée par le collaborateur, sauf accord préalable écrit entre les parties* » (153). La chambre commerciale de la Cour de cassation, seule saisie de la validité de telles clauses a considéré de manière surprenante que « *seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière* » (154), semblant ainsi interdire toute condamnation de principe d'une telle clause, pourtant attentatoire à la liberté du salarié, qui ne comprendrait pas de contrepartie financière. Pour affirmer plus encore cette reconnaissance de principe elle rappela à des juges d'appel que « *la clause de non-sollicitation [...] ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante ni une précision de celle-ci* » (155).

octobre 2001, RJDA 2002/7, n° 757 et D. 2002, p. 3005, obs. D. Ferrier et LD décembre 2001, p. 2.

152 Cf. St. Bénili, « la clause de non-sollicitation », JCP S 2007, 1976.

153 Cf. Lyon, 12 juillet 2005, Comm. Com. Électr. 2006, comm. 26, note Ph. Stoffel-Munck.

154 Cass. com., 10 mai 2006, D. 2006, 2923 obs. M. Gomy; JCP 2006, I, 176, obs. P. Grosser, JCP (E) 2006, 2298, note R. Vatinet ; D. 2007, 179, obs. M. Gomy. La chambre sociale retient une solution identique, mais moins surprenante, en ce qui concerne la clause de non-concurrence post-contractuelle, Cass. soc. 4 juillet 2007, JCP S 2007, 1747, note I. Beyneix.

155 Cass. com., 11 juillet 2006, Contrats Conc. Consom. 2006, comm. n° 232, obs. M. Malaurie-Vignal ; D. 2006, 2923, obs. M. Gomy.

Enfin, la **clause de confidentialité** en matière de savoir-faire parfois appelée clause de confidentialité, parfois clause de savoir-faire ou de *Know How* ou *Non Disclosure Agreement* a néanmoins à chaque fois le même objet et les mêmes limites : elle entend interdire la divulgation et l'utilisation d'un savoir-faire déterminé mais est très délicate dans sa mise en œuvre. Elle impose, comme la clause de non-concurrence, une obligation de ne pas faire : en l'occurrence toutefois beaucoup plus limitées puisqu'elle ne vise qu'à empêcher que son débiteur divulgue ou utilise la connaissance qu'il a acquise au sein de l'entreprise et qu'elle considère comme unique. Une telle clause est valable « *dès lors qu'elle ne place pas le salarié dans l'impossibilité d'utiliser sa qualification professionnelle et ne porte pas atteinte à la liberté du travail* » (156) alors même qu'elle ne comprendrait pas de contrepartie financière (157). En réalité, la clause de confidentialité souffre d'une efficacité bien relative. Elle permet certes de désigner au salarié le savoir de l'entreprise qu'elle s'est constitué et qu'elle entend protéger par un usage exclusif, fixant en cela les contours de l'information protégée notamment au titre de la concurrence déloyale. Pour autant, le créancier d'une telle obligation de secret n'obtiendra pas facilement la condamnation en justice de son débiteur : le simple constat de la divulgation du secret ne suffit pas à caractériser un manquement contractuel. Il lui faut encore, pour obtenir réparation prouver non seulement que le secret a été dévoilé mais encore que le débiteur de l'obligation de secret en est lui-même à l'origine (158).

49 Sanction des clauses de non concurrence. La sanction de l'invalidité de la clause de non concurrence est en principe celle de l'annulation de la clause de non-concurrence : c'est la sanction ordinaire de la non-conformité d'une clause à une disposition considérée comme d'ordre public, ordre public de

156 Cf. Versailles, 27 septembre 1994, D. 1995, somm. p. 206, obs. Y. Serra.

157 Cf. CA Paris, 2 décembre 2004, 21^{ème} chambre B, inédit.

158 Cass. Soc. 26 septembre 2007, n° 06-40.812 et 16 février 2005, n° 02-45.027, inédits. Pour un exemple d'affaire où la violation de l'obligation contractuelle de confidentialité a pu être prouvée, V. CA Paris 7 décembre 1989, 5^{ème} chambre section B, inédit.

protection de telle manière que la nullité est en principe relative (159). En général, toutefois la rétroactivité n'est pas appliquée, de façon notamment à éviter que les éventuelles sommes acquises par le débiteur de non concurrence, le salarié notamment, ne doivent être restituées, solution qui peut, pour les mêmes raisons que précédemment, être critiquée. En outre, la nullité de la clause de non concurrence, engagement généralement accessoire, ne se propage pas au reste du contrat. Bien entendu, la nullité peut être assortie d'une indemnité destinée à réparer le préjudice subi par le créancier de non-concurrence. Une telle sanction est envisageable pour les atteintes les plus graves à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du travail : soit parce que, insérée dans un contrat de travail, elle ne comporte aucune contrepartie financière ou bien que la contrepartie financière n'est que dérisoire. Soit parce que la clause de non-concurrence est sans cause, qu'en d'autres termes elle n'est justifiée par aucun risque sérieux de dérive de clientèle ou de perte de savoir-faire par son créancier (cf. supra, n°202 et s.).

Une seconde sanction consiste en une « **réduction** » de la **clause de non concurrence**, qui est une forme de révision de la clause, tant en utilisant les ressources du droit des contrats (160) que celles du droit antitrust, soit pour diminuer la durée de la clause en tout cas la durée nécessaire et suffisante pour satisfaire l'intérêt protégé par la clause – soit pour réduire le territoire de non concurrence voire l'activité interdite. Le juge saisi révisé généralement la durée dans le temps de sorte que la clause ne soit plus applicable à compter de sa propre saisine, considérant que l'essentiel est de permettre au débiteur de retrouver sa liberté et non en retenant une date antérieure de parvenir à une indemnisation. Cette mesure peut apparaître comme une excellente technique, pragmatique et souple, qui emprunte à celle de la réfaction commerciale, dans la mesure où elle permet de valider le principe d'une clause de non -concurrence, tout en corrigeant ses excès éventuels. En même temps, la solution peut

159 Cf. Cass. soc. 18 déc. 1968, Bull. V., n°610.

160 Cf. Cass. soc. 10 juill. 2002, préc. ; Cass. soc. 18 sept. 2002, Bull. V, n°272.

apparaître en pratique contestable dans la mesure où l'effet dissuasif de la nullité ne joue plus : le créancier de concurrence a tout intérêt alors à stipuler une clause exagérée dans la mesure où le travail de cantonnement de l'engagement de non-concurrence appartiendra au débiteur et au juge. Il paraît alors plus sage de considérer cette mesure comme marginale : ou bien la clause est disproportionnée et sa sanction est la nullité, ou bien elle est valable parce qu'équilibrée et la loi contractuelle doit alors être respectée.

À l'inverse, si **la clause de non-concurrence est licite**, elle est pleinement applicable et permet à son créancier d'obtenir avec une certaine efficacité la cessation des actes qui y sont contraires et l'indemnisation du préjudice qui a pu en découler. Elle offre alors, y compris et sans conteste devant le juge des référés, une plus grande sécurité juridique : si parfois il est difficile de caractériser un acte déloyal, il est beaucoup plus simple de prouver le manquement contractuel. La clause de non-concurrence est ainsi parfois envisagée par ses rédacteurs comme une manière de s'assurer une concurrence loyale, en supprimant en quelque sorte toute concurrence. La technique dans cette dernière hypothèse est plus discutable.

50 Question dérivée : la propriété de la clientèle. La question de la propriété de la clientèle est une question dérivée de la précédente dans la mesure où l'utilité de la rémunération d'une clause de non-concurrence se justifie par la présupposition de propriété de la clientèle par le distributeur, de telle manière que l'interdiction contractuelle d'exercer une activité, équivaut, plus ou moins à une spoliation ou un gel de cette clientèle. De manière plus large, cependant, la question de l'appropriation de la clientèle est une question récurrente dans les contrats de distribution, qui s'est posée, notamment dans les rapports du distributeur avec son bailleur. En effet, pour bénéficier du statut des baux commerciaux encore convient-il de disposer d'une clientèle. La question est plutôt complexe et affaire d'appréciation. On pourrait considérer par exemple que la clientèle est tout entière attachée à la marque et, donc, au

propriétaire de la marque, le promoteur du réseau le plus souvent, le fournisseur qui peut être différent, le distributeur ne disposant que d'un droit concédé de l'exploiter, le temps du contrat. On peut considérer à l'inverse que la clientèle est celle de celui qui l'exploite et que la clientèle du fournisseur n'est constituée que de ses contractants, les distributeurs, ceux-ci formant un écran avec la clientèle ou bien retenir une position médiane.

La Cour de cassation n'a jamais véritablement tranché au fond la question du rattachement de la clientèle, au franchiseur ou au franchisé(161), et semble en tout cas refuser un rattachement unique de la clientèle. En ce qui concerne le régime des baux commerciaux, elle préfère « allouer » à chacun des deux contractants, le franchiseur et le franchisé, une clientèle propre depuis l'arrêt Trévisan(162) : « (...) d'une part (...) si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux époux B le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds (...) ». La jurisprudence retient donc la solution médiane, le distributeur, le franchisé en

161 H. Bensoussan, « La clientèle au franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », D. 2001. Chron. 2498 ; M.-P. Dumont-Lefrand, « Bail commercial et droit de la distribution », RTD com. 2003. 43.
 162 Com. 9 oct. 2007, préc. >document n°J11, Civ. 3^e, 27 mars 2002, D 2002. 2400, note H. Kenfack ; Somm. 3006, obs. D. Ferrier, JCP 2002. II. 10112, note F. Auque, Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 20, obs. J.-L. Respaud. Comp. CA Paris, 6 févr. 1996, JCP 1997. II. 22818, note B. Boccara ; D. 1997. Somm. 57, obs. D. Ferrier ; RTD com. 1996. 238, obs. J. Derruppé : contre cette reconnaissance, Paris, 4 oct. 2000, JCP 2001. II. 10467, note B. Boccara, D. 2001. 2001, Jur. 1718, note H. Kenfack, Somm. 301, obs. D. Ferrier, pour cette reconnaissance.

pratique dans ces affaires, dispose d'une clientèle locale et le fournisseur d'une clientèle nationale, attachée à la notoriété de la marque.

§4. Le contrat de distribution et les tiers

⁵¹ **Approvisionnement parallèle et concurrence déloyale.** Les tiers au contrat de distribution sont d'abord, les *consommateurs*, les *sous-acquéreurs*, qui bénéficieront d'un service après-vente et d'une action directe en garantie contre le fournisseur.

Les tiers sont, aussi, les *tiers revendeurs* qui se situent hors du réseau parce qu'ils n'auraient pas été sélectionnés ou qui sont, pour diverses raisons en dehors de ce réseau et qui peuvent être naturellement enclins à essayer de pénétrer le réseau et obtenir les marchandises réservées aux distributeurs sélectionnés, situation particulièrement observée dans les réseaux de distribution sélective. Les tiers-revendeurs au réseau se voient alors opposer un refus de vente et, inversement, les distributeurs sélectionnés membres du réseau souhaitent que l'exclusion des tiers soit aussi importante que possible. Ce que l'on nomme l' "*étanchéité*" du réseau correspond à la construction contractuelle interdisant aux tiers de se procurer les marchandises distribuées par ce réseau et permettant alors de rendre efficace le réseau de distribution.

L'exemple du contrat de distribution sélective (*Cf. Infra*, n°) est, à cet égard, particulièrement éclairant. Les produits vendus dans les réseaux de contrats de distribution sélective, parce qu'ils sont des produits de luxe ou de haute technicité, sont les premiers convoités par les tiers distributeurs, non sélectionnés.

Le fournisseur, peut, en premier lieu, refuser de vendre ses marchandises à ce tiers : le contrat, entendu comme un accord respectant les règles du droit de la concurrence, est opposable aux tiers et cet argument suffit à la jurisprudence pour admettre un tel refus de vente, pour autant que le contrat de distribution sélective soit valable au regard des règles du droit de la concurrence (*Cf. infra*, n°).

En second lieu, le tiers non sélectionné peut réussir à se

procurer des marchandises auprès d'un distributeur sélectionné. Là encore, l'article 1165 du Code civil rend le contrat opposable au tiers. Mieux, ce tiers sera complice du distributeur sélectionné qui a violé le contrat. La jurisprudence sanctionne de plus en plus strictement ces violations contractuelles (163): le tiers profite de la notoriété de la marque, des produits, sans se soumettre aux contraintes du contrat, il commet, au moins, un acte de concurrence déloyale par désorganisation du réseau.

Les contrats de concession, essentiellement automobiles, sont également victimes de ces agissements. Mais, en ce domaine, le règlement 123/95, suivi du règlement 1475/95, sur les contrats de concession automobile, avait imposé que ces contrats assurent une forme de distribution parallèle, estimant que les territoires seraient, à défaut, par trop fermés à la concurrence. C'est, ainsi, qu'un consommateur peut toujours donner mandat à une personne d'acquérir en son nom une automobile dans un autre état. Cette solution s'élargit: longtemps, la Cour de cassation était très stricte sur ces importations parallèles, estimant qu'il s'agissait, en soi d'un acte de concurrence déloyale. Depuis 1983, par un revirement de jurisprudence, la Cour considère que le fait de revendre des marchandises sur le territoire concédé à un concessionnaire ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale (164) de sorte que le distributeur parallèle n'a pas à prouver que son approvisionnement est licite (165). C'est au contraire au fabricant ou aux concessionnaires de prouver que l'approvisionnement est illicite.

Section 3. – La circulation des contrats de distribution

163 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 E, n° sp. Cah. dr. entr. 1993/1, p. 23.

164 Cf. Com. 16 févr. et 12 juill. 1983, D. 1983. 489, note D. Ferrier.

165 Cf. Com. 25 avr. 2001, 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 ; Com. 19 oct. 1999, CCC 2000, n° 6, obs. M. Malaurie-Vignal ; Com. 10 févr. 1998, CCC, 1998, n° 61, obs. L. Leveneur.

52 Problème de la circulation des contrats de distribution. La question de la circulation du contrat n'est pas propre aux contrats de distribution, bien entendu (166) mais est propre aux contrats relationnels dont les contrats de distribution, qui illustrent ordinairement cette question.

53 Circulation et *Intuitus personae* du contrat de distribution. La « circulabilité » des contrats de distribution se heurte au caractère, souvent vérifié, d'*intuitus personae* de ces contrats, justifié par le fait que, en général, le distributeur est choisi selon des critères déterminés par avance et qui justifient une forme de discrimination contractuelle entre les candidats distributeurs, et se réalise au bout d'une procédure de sélection du distributeur, par le fait que le contrat suppose une forme de collaboration étroite, toutes situations qui ne permettrait pas de considérer ce type de contrat comme un contrat anonyme. Pour autant, un contrat de distribution est, en tant que contrat relationnel, une valeur, quoique non valorisée dans la théorie du fonds de commerce : une cession de fonds n'emporte pas cession du contrat de distribution. Dès lors, à partir du constat que le contrat de distribution est en général considéré comme un contrat conclu *intuitu personae*, le changement de partenaire dans ces contrats devient une réalité que les contractants doivent prendre en compte. A défaut, la cession, l'apport en société d'un tel contrat est tenu en échec par ce caractère d'*intuitus personae*. Plus complexe est l'hypothèse de la fusion de sociétés, ou bien du changement de dirigeant, de la cession du contrôle de la société, etc.

Les situations de circulation peuvent concerner le fournisseur comme le distributeur, étant observé que, le plus souvent, les clauses insérées dans les contrats concernent le plus souvent les seuls distributeurs.

En cas de changement de distributeur, c'est-à-dire de la cession du contrat de distribution, la nature, *intuitus personae* du contrat semble l'empêcher par principe, ce qui supposerait

166 Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n° 247 s.

qu'une telle situation ou stipulation *d'intuitus personae* pourrait faire obstacle à sa circulation. Or, en la matière, ce sont bien deux questions distinctes que celle, d'une part, de l'*intuitus personae* du contrat, et celle d'autre part, de la cession du contrat malgré cette situation. Ainsi, il semble possible même sans clause à cet effet comme l'avait admis un arrêt de céder un contrat *intuitus personae* : « le contrat de concession exclusive a été résilié et (...) les relations entre les parties ont repris peu de temps après par un contrat verbal, l'arrêt détermine souverainement le contenu du nouveau contrat en retenant qu'il stipule l'impossibilité de céder le contrat sans accord préalable du concédant, dont le droit d'agrément est limité par l'abus » (167). A défaut de clause, il existerait ainsi une procédure d'agrément, supplétive, devant être respectée par le distributeur. La question qui en résulte est alors de mesurer la sanction de la cession opérée sans respecter le mécanisme d'agrément : la cession serait-elle inopposable, nulle ou fautive justifiant résolution du contrat et indemnisation ? On retrouve ici des raisonnements voisins de ceux observés en matière de résiliation d'un contrat à durée déterminée avant son terme (cf. infra).

Une clause peut cependant interdire toute circulation, par une clause d'incessibilité, que ce soit la cession proprement dite mais également les opérations produisant un résultat voisin, comme les opérations sociétaires, ce qui suppose de renforcer l'*intuitus personae* du contrat au associés de la personne morale contractante.

Il peut s'agir à l'inverse de favoriser la circulation du contrat, par exemple face à une licence de marque, de brevet ou de logiciel consentie à un groupe de sociétés (168). Les parties pourraient parfaitement considérer que le contrat peut librement circuler, de manière générale ou spécifique : elles peuvent insérer une clause précisant que toute opération de cession, apport, etc., est possible librement ou certaines d'entre elles seulement.

167 Cass. com. 3 nov. 2004, JCP E 1177, n° 1, obs. D. Mainguy, RDC 2005. 1130, obs. M. Béhar-Touchais > **document n°J13** Adde et contra : pour une fusion, Cass. com. 3 juin 2008 (2 arrêts), RDC 2008. 1278, obs. M. Béhar-Touchais, > **document n°J14**.

168 Cf. D. Mainguy, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », Rev. sociétés 1996. 17.

De façon médiane cependant, des clauses d'agrément, impliquant de manière implicite ou mieux expresse, la logique d'*intuitus personae*, assurent un contrôle de la circulation. Celles-ci supposent, avec une grande variété de stipulations, que la circulation recueille l'avis du cédé. Il est remarquable, alors, qu'un tel agrément soit, d'une part, proposé même en l'absence de clause (169) mais surtout que sa mise en œuvre est contrôlée de telle manière que le non agrément établi de mauvaise foi soit sanctionné au nom de l'abus du droit d'agrément ou de ne pas agréer (170). L'agrément recherché peut être tacite (171) ce qui suppose sans doute qu'il soit non équivoque.

Par ailleurs, les clauses peuvent être non réciproques, imposant une clause d'agrément au distributeur, mais point au fournisseur, ou réciproquement.

Enfin, la cession du contrat peut résulter d'une décision de justice, notamment lorsque celle-ci résulte d'une procédure collective l'article L.642-7 du Code de commerce permet en effet au juge d'ordonner judiciairement une telle cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité, ce qui peut, évidemment, concerner les contrats de distribution, s'agissant de la faillite du distributeur et contraignant ainsi la poursuite du contrat au profit du repreneur, mais également si la procédure concerne le fournisseur, emportant transmission du réseau. Toutefois, une réserve est souvent apportée à cette solution pour les contrats de franchise en raison de la spécificité de ces contrats, liée à la transmission d'un savoir-faire. En cas de redressement du franchiseur, les contrats ne peuvent donc être automatiquement cédés au repreneur (172), à moins qu'une stipulation précise que la cession est libre du côté du franchiseur.

169 Cf. Com. 3 nov. 2004, préc.

170 Cf. Com. 2 juill. 2002, JCP 2003, II, 10023, note D. Mainguy, RDC 2003. 152, obs. M. Béhar-Touchais (admission de l'abus) > **document n°J15**, Com. 5 oct. 2004, RDLC 2004/12, p. 5, note J.-L. Respaud et D. Mainguy, RDC 2005. 384, obs. M. Béhar-Touchais (Rejet de l'abus) > **document n°J16**.

171 Cf. Cass. com. 6 juill. 1999, RJDA 2000, n°1197.

172 Paris, 15 déc. 1992, JCP, éd. G, 1994, II, 22205, obs. C. Jamin (pour la reprise) ; Paris, 28 mars 1997, D. aff. 1997, p. 667 (contre la reprise).

54 Cession, préférence et préemption. Très souvent, les contrats de distribution contiennent des clauses de préemption ou de préférence au cas où le distributeur céderait le contrat ou son entreprise à un tiers. A l'origine d'un contentieux considérable, notamment dans le secteur de la grande distribution (cf. infra), ces clauses, parfaitement valable à priori, se heurtent à la considération de la jurisprudence qui décide que la violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse se solde par des dommages et intérêts : l'exécution forcée n'est possible qu'à la condition que le tiers connaissent le droit violé et l'intention de son bénéficiaire, le fournisseur ici, de s'en prévaloir (173). Pourtant, la situation des contrats de distribution devrait, *a priori*, favoriser cette exécution forcée dans la mesure où la preuve de ses éléments déclenchant devrait être plus aisée.

On peut également observer que la validité de ces clauses est limitée par l'article L. 442-6 du Code de commerce qui prévoit la nullité des clauses de préférence consenties par l'exploitant d'une surface de vente inférieure à 300 m² au producteur qui l'approvisionne, en dehors de toute licence de marque ou de savoir-faire.

55 Cession par le fournisseur, fusion, apport partiel

173 Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°92 ; Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull. civ.* n°4, rapp. Bailly, conc. Sarcelet, *D.* 2006, p. 1861, note D. Mainguy et P.-Y. Gautier, *D.* 2006, Somm., p. 2644, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Causson ; *JCP* 2006, I, 10142, obs. L. Leveneur ; I, 176, obs. F. Labarthe ; Defrénois 2006, 1207, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud. p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul, *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages. Adde H. Kenfack, *Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence*, *RLDC*, sept. 2006, n° 2173. V. aussi comme complément : Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *D.* 2006, p. 2510, note P.-Y. Gautier ; Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 31 janv. 2007, *D.* 2007, p.1698. note D. Mainguy (preuve non rapportée) ; Cass. civ. 3^{ème}, 14 février 2007, *RDC* 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud, *Defrénois*, 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber, retenant au contraire les preuves rapportées, tant de la connaissance du pacte de l'intention de l'exercer. Adde. H. Kenfack, *Le renforcement de la rigueur du pacte de préférence*, *Defrénois* 2007, art. 38621, p. 1003 et s.

d'actif... et sort des contrats de distribution. – De manière réciproque, la clause d'*intuitus personae* ou d'agrément ou de liberté de cession peut concerner le fournisseur, avec cette difficulté alors que le fournisseur peut céder un plusieurs ou tous les contrats. En toute circonstance cependant, le cessionnaire reprend un contrat en cours d'exécution et doit fournir exactement les mêmes prestations que le cédant (174).

La restructuration d'une entreprise est une situation d'exception mais prévisible dont les effets sont à mesurer sur les contrats de longue durée conclus par les entreprises – et les sociétés – concernées, celle du fournisseur ou celle du distributeur. L'enjeu de telles opérations est bien entendu, pour partie, la pérennité des contrats constituant le cœur de l'activité de ces entreprises. Par exemple, une société franchisée fusionne avec une autre société franchisée afin de mettre en commun leurs expériences et sans doute de réduire des coûts, pour autant cependant que cette transmission des contrats soit possible. L'obstacle contractuel à une telle circulation des contrats tient au caractère *intuitu personae* de ces contrats (175). L'obstacle est devenu classique pour le distributeur, il l'est également pour le fournisseur ou le promoteur du réseau, par exemple un franchiseur. D'une manière générale la décision prise par le fournisseur lui incombe, où l'on voit que le réseau influence pas cette prise de décision, de sorte qu'il n'a pas, en principe, à consulter les distributeurs (176). La Cour considère ainsi que « *le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchisé* » (177). De même un autre arrêt du même jour se prononçait de manière identique à propos d'un apport partiel d'actif d'une activité de franchiseur au profit d'une autre société exerçant cette activité, le contrat, conclu en considération de la

174 Cf. Cass. com. 6 mai 1997, RJDA 1997, n°1333.

175 Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2008, n° .

176 Cass. com. 9 mai 1990, n°88-19215, à propos de la fusion Talbot et Peugeot.

177 Cass. com. 3 juin 2008, n°06-18007, JCP 2009, 1479, obs. D. Mainguy, >document n°J14-1.

personne du franchiseur ne saurait avoir été transmis sans l'accord du franchisé (178). Ces décisions invitent dans un premier à une révision globale de tous ce type de contrats dans les réseaux : il est désormais impossible, sauf agrément au cas par cas ou clause de transmission automatique, pour deux entreprises gérant un réseau de fusionner ou de réaliser une opération voisine – et l'on s'interroge sur les effets d'une cession de contrôle – et de considérer que les contrats qui forment ce réseau sont automatiquement transmis.

La question du changement de dirigeant ou d'une cession de contrôle, du distributeur notamment. En effet, le fait que le contrat soit conclu *intuitus personae* entre personnes morales conduit à considérer que, en principe, la cession de contrôle affectant l'une de ces personnes morales n'a, en principe, aucun effet sur ce contrat (179). Pour qu'il en soit autrement, il convient que l'*intuitus personae* soit plus intense et qu'il prenne en compte la personne, physique ou morale qui contrôle le contractant.

Section 4.– L'extinction des contrats cadres de distribution

56 Problématique de l'extinction. –Les techniques d'extinction d'un contrat, fût-il de distribution, sont très nombreuses : annulation, arrivée du terme, résolution, éventuellement unilatérale, caducité, violation de l'*intuitus personae* (Cf. supra),résiliation, non-renouvellement, etc., que le contrat soit conclu à durée déterminée ou indéterminée, que les causes d'extinctions soient précisées ou non. Ces questions relèvent d'une application des règles du droit commun des contrats (§ 1) mais également de règles spécifiques aux contrats de distribution, dont la question aujourd'hui fameuse, du traitement de la « rupture des relations commerciales établies » aux termes de

178 Cass. com. 3 juin 2008, n°06-13761 JCP 2009, 1479, obs. D. Mainguy, >document n°J14-2.

179 Cf. D. Mainguy, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », Rev. sociétés 1996. 17.

l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (§ 2).

§ 1. – Application des règles du droit commun des contrats

A. – Principe de liberté de rupture d'un contrat de distribution

57 Le principe de la liberté dans la rupture du contrat s'exprime pleinement s'agissant d'un contrat à durée indéterminée, justifié par le principe de prohibition des engagements perpétuels dont résulte la reconnaissance d'un droit de résilier unilatéralement le contrat, systématiquement rappelée par la jurisprudence. On pourrait aussi considérer que le droit de la concurrence facilite la possibilité de mettre fin librement aux contrats car, à défaut, il en résulterait un phénomène de « barrière à l'entrée sur le marché » : plus il est difficile de mettre fin à un contrat et moins les conditions de la concurrence sont fluides (180).

58 Lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, le mécanisme se présente de façon différente : l'arrivée du terme emporte rupture automatique du contrat du fait de la volonté des parties. Dès lors, le fait de faire obstacle au renouvellement d'un contrat à durée déterminée, par le jeu d'une clause de tacite reconduction par exemple, s'analyse de façon voisine qu'en matière de contrat à durée indéterminée. Inversement, le fait de mettre fin à un contrat à durée déterminée avant l'arrivée du terme est possible mais est fautif, sauf l'hypothèse récemment reconnue du « droit de brusque rupture » (181).

180 L. et J. Vogel, Vers le retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution, *Contrats, conc. consom*, Août-Sept. 1991, p. 1.

181 Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999, p. 198, note C. Jamin, somm. P. 115, obs. Ph. Delebecque, JCP 1999, II, 10133, note Rzepzcki, Defrénois 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud > **document n°J17**; Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n°40, D. 2001, p. 1568, note C. Jamin, Somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2001, p. 705, obs. E. Savaux > **document n°J18**.

B. – Résiliation et non-renouvellement d'un contrat de distribution

⁵⁹ Au fond, au regard du principe de liberté de rupture d'un contrat, les deux hypothèses de résiliation d'un contrat, à durée indéterminée, ou de non renouvellement d'un contrat, à durée déterminée, se présentent de façon voisine : il s'agit dans les deux cas d'une décision volontaire qui, vraisemblablement surprend le destinataire de la rupture. Pour autant, le contrat à durée indéterminée est par nature un contrat précaire et l'arrivée du terme dans un contrat à durée déterminée est certaine : dans les deux cas, donc, la surprise ne peut pas servir d'argument, d'autant que la perspective d'une relation contractuelle ne peut être que durable : l'analyse économique du droit et la théorie des jeux montre que, à un moment ou un autre, l'une des parties aura davantage intérêt à ne pas continuer le contrat.

Par conséquent, le contrôle de la rupture du contrat, résiliation ou non-renouvellement, est, par principe, marginal.

⁶⁰ Très fréquemment, une clause aménage les conditions de la mise en œuvre d'une telle formule de résiliation ou de non-renouvellement, en exigeant le respect d'un préavis préalable à la rupture du contrat. Cependant même en présence d'une telle clause, la question de la rupture est contrôlée par les juges sous la forme de l'éventuel *abus dans la rupture d'un contrat* (182) succès qui est d'ailleurs concomitant, ou presque, avec la fin de la jurisprudence sur la détermination du prix dans les contrats-

182 Cf. parmi de nombreuses décisions : Cass. com. 20 janvier 1998, D. 1998.413, note Ch. Jamin; JCP 1998, II, 10018, note J.-P. Chazal > **document n°** ; Cass. com. 7 octobre 1997, D. 1998.413, note Ch. Jamin, JCP 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal, Contr. Conc. Consom. 1998., n°20, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998.130, obs. P.-Y. Gautier > **document n°** ; Cass. com. 5 octobre 1993 JCP 1994, éd.G, II, 22224, note Ch. Jamin > **document n°** ; adde L'abus de droit dans les contrats et sp. B. Fages, L'abus de droit dans les contrats de distribution, JCP, éd. E, 1998, n° sp. Cah. dr. ent. 1998/6, p.11, M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, op. cit., n° 340 et s., R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, Droit économique, Lamy, n°4050 s.

cadres.

Plus largement, le contrôle de l'extinction du contrat est, selon la thèse du contrat d'intérêt commun, la pierre angulaire assurant la protection des intérêts de la « victime » d'une décision de rupture, souvent le distributeur. Peut-être est-ce pour cette raison que cette question fait l'objet d'une attention soutenue de la jurisprudence et du législateur : les années 1970 ont connu, ainsi, un grand nombre de propositions de règles destinées à encadrer les conditions de la rupture d'un contrat.

61 Contrôle de l'abus dans la rupture d'un contrat de distribution. –La question de l'abus dans la rupture du contrat connaît depuis le début des années 1990 un certain succès en jurisprudence, succès qui n'est sans doute pas étranger à l'adoption de la règle, en 1996, devenue l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (Cf., infra, n°). Surtout, les conditions de fond et de forme de la résiliation du contrat-cadre ont fait l'objet de nombreux contentieux qui permettent d'envisager deux questions distinctes, la question de la rupture *brutale* d'un contrat de distribution et celle de sa rupture abusive.

62 Rupture brutale. –La rupture *brutale* d'un contrat correspond à l'hypothèse de la rupture sans préavis, ce dont résulte l'exigence jurisprudentielle d'un préavis contractuel (183) lequel doit être d'une durée raisonnable.

Il a été très justement observé à cet égard que « *comme une règle générale des contrats à durée indéterminée l'obligation pour le contractant qui désire rompre de prévenir l'autre partie un certain temps à l'avance. Cette règle correspond au légitime souci d'éviter à la victime de la rupture de subir un préjudice important en lui permettant de faire face à la situation et de conclure un nouveau contrat* (184).

183 V. par ex. Cass. com. 5 oct. 1993, préc. ; Com. 20 janv. 1998, D. 1998. 413, note Ch. Jamin, JCP 1998, II, 10018, note J.-P. Chazal ; Com. 23 mai 2000, RTD civ. 2001, 137 obs. J. Mestre et B. Fages ; Com. 25 avr. 2001, D. 2001. somm. p. 3238, obs. D. Mazeaud. Adde. J. Mstre, Résiliation unilatérale et non renouvellement des contrats de distribution, PUAM, 1997, p. 21.

184 J. Azéma, La durée des contrats successifs, Thèse LGDJ 1969, n°228.

63 « Bonne » durée de préavis ? Il n'y a évidemment pas de norme en l'absence de règle particulière, hormis en droit de la concurrence comme c'était le cas dans le Règlement n°1400/2002 dans le secteur automobile. Le projet de loi NRE de 2001 avait ainsi projeté d'adopter dans l'article L. 442-6, I, 5°, un préavis uniforme de 4 puis de 6 mois mais n'a finalement pas été retenu.

C'est une question que la Cour de cassation laisse à l'appréciation des juges du fond. Le but du préavis est de permettre au distributeur de prendre ses dispositions et de lui donner le temps nécessaire pour réorienter ses activités. La jurisprudence s'en remet ou bien aux dispositions contractuelles ou bien aux usages de la profession (185). On observe ainsi que la jurisprudence a validé un préavis correspondant à une saison en matière textile (186).

En définitive, la durée du préavis dépend de l'ancienneté des relations et des usages de la profession (187) et la jurisprudence ajoute un critère, celui de la dépendance économique qui peut altérer la relation contractuelle. Ce critère est plutôt curieux. Il est en effet une notion de droit de la concurrence au sens général du terme : c'est une pratique anticoncurrentielle qui est visée, l'abus de situation de dépendance économique (C. com. art. L. 420-2), au succès, au demeurant, particulièrement décevant. La jurisprudence rendue, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° il est vrai (cf. infra, n°) retient cependant que ce critère de dépendance économique joue un rôle mais en matière de mesure du préjudice(cf. infra). Nous pensons plutôt que ce critère, s'il doit être retenu, est de nature à influencer la durée du préavis

185 Cf. Cass. com. 7 juill. 1980, Bull. civ. IV, n° 288.

186 Paris, 25 nov. 1986, BRDA 1987, n° 6, p. 13. Comp. Cass. com. 23 mars 1971, D. 1971, p. 541, validant une clause de résiliation dans un contrat de concession contenant une clause autorisant chaque partie à mettre fin au contrat à la fin de chaque fin de trimestre, moyennant le respect d'un préavis de trois mois.

187 Cf. J.-M. Meffre, La rupture des relations commerciales établies, JCP éd. E, 2000, cah. dr. ent. 2000/4, p. 10 et sp. p. 12.

(188).

Si un préavis de deux mois (189) est trop court pour un contrat de longue durée, il arrive souvent que la jurisprudence retienne un délai de six mois comme normal même si, ici ou là, des solutions divergentes apparaissent. Par exemple, un préavis de 9 mois a pu être considéré comme insuffisant pour une relation ayant duré 35 ans (190) et a considéré qu'un délai de deux ans aurait été raisonnable : tout est dans l'appréciation de ce « raisonnable » et dans la puissance de conviction ou de séduction du juge appelé à trancher cette question.

64 Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, un contractant (souvent le fournisseur) ne peut y mettre fin unilatéralement avant son terme. Même conclu à durée indéterminée, et disposant alors d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat, le fournisseur ne saurait abuser de son droit de mettre fin au contrat, abus qui résulterait, par exemple, de l'absence d'un préavis raisonnable, signe d'une rupture brutale du contrat (191) ou bien de motifs fallacieux (alors qu'il n'a pas à donner de motifs) ou bien encore, formules plus suaves qui montrent l'évolution du droit des contrats en la matière, où l'on retrouve des exigences de bonne foi du même type que celles observées au cours de son exécution (192).

188 C. obs. D. Mainguy, Cah. dr. ent. 2002/5, p.29, R. Bout, M. Bruschi, C. Priéto et S. Poillot-Peruzzetto, op. cit. n° 4073. V. déjà Cass. com. 8 janv. 1968, D. 1968, p. 495 : pour un fournisseur ayant organisé toute son activité avec un seul contractant.

189 Cass. com. 9 mars 1976, D. 1976, p. 388) ou de trois mois (Paris, 14 juin 1961, RTD com. 1961, p. 1905, obs. J. Hémard.

190 Bordeaux, 11 juin 1996, Lettr. Distrib. 1996/9.

191 Cf. Com. 5 oct. 1993, JCP 1994, II, 22224, note Ch. Jamin ; Com. 20 janv. 1998, D. 1998. 413, note Ch. Jamin, JCP 1998, II, 10018, note J.-P. Chazal ; Com. 23 mai 2000, RTD civ. 2001, 137 obs. J. Mestre et B. Fages ; Com. 25 avr. 2001, D. 2001. somm. p. 3238, obs. D. Mazeaud. Adde. J. MESTRE, Résiliation unilatérale et non renouvellement des contrats de distribution, PUAM, 1997, p. 21.

192 Cf. Paris, 11 févr. 1999, JCP 2000, II, 10244, note J.-P. Chazal ; Paris 26 mars 1999, JCP 1999, II, 10244, note J.-P. Chazal, Cah. dr. ent., 1999-5, p. 19 obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud.

Le législateur est également intervenu en insérant un article 36-5° dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui devenu, après moult changements, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (>document n°) qui sanctionne le fait de « rompre, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages interprofessionnels ». Ayant pour objectif, au départ, de sanctionner les « déréférencements abusifs » par les centrales de référencement; le texte dépasse largement ce but et s'élargit même aux relations contractuelles non encadrées par un contrat-cadre à travers la notion de « relation commerciale établie » (193); il impose la rédaction d'un préavis écrit, ajoutant une nouvelle condition de forme à la rupture d'un contrat.

65 Motivation de la rupture ? En principe, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou la décision de faire échec à un mécanisme de renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne dépendant d'aucune autre condition que le respect d'un préavis et d'un délai de préavis, mais point d'une motivation de la décision(194). Pourtant, des règles particulières imposent parfois une telle motivation, c'est le cas du mandat d'intérêt commun depuis la fin du XIX^e siècle, du contrat de travail, du bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 15), du contrat d'agence commerciale (C. com. art. L. 134-13, 1°) et même, en droit de la concurrence, dans le secteur de la distribution automobile (REC n° 1400/2002, art. 3-4), avant 2012. L'exigence d'une motivation dans la rupture n'est donc pas une exigence extraordinaire ou exceptionnelle.

De plus en plus cependant, la rupture d'une relation contractuelle importante s'inscrivant dans la durée fait l'objet d'un contrôle, ne serait-ce que parce que celui qui subit cette rupture en conteste la légitimité. On peut y déceler la perpétuation du principe : la liberté de rompre est le principe et

193 Cf. Com. 29 mars 2002, JCP 2002, note J.-L. Respaud >document n°.

194 Cf. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 98, D. 2001.Somm. 3240, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2001. 1048, obs. É. Savaux, RTD civ. 2001. 584, obs. J. Mestre et B. Fages : validité d'une clause prévoyant la faculté de rompre sans justification, >document n°.

l'abus l'exception. Sans renverser le jeu du principe et de l'exception cependant, on peut admettre l'existence d'une certaine « processualisation » contractuelle de la rupture. C'est le cas lorsqu'une clause aménage les conditions de la rupture (forme du préavis, durée du préavis, conciliation préalable). C'est également le cas en l'absence de telle clause. Ainsi la jurisprudence a-t-elle sanctionné la décision rendue trop précipitamment (195). Dès lors, la question de la motivation de la rupture se pose, comme dans le mandat d'intérêt commun. C'est le cas lorsque l'auteur de la rupture entend rompre sans préavis, il doit justifier d'un cas de force majeure ou d'une inexécution grave de l'autre partie. C'est également le cas de la rupture unilatérale d'un contrat à durée déterminée. Mais la question s'est posée de la généralisation de cette exigence (196), refusée en principe par la jurisprudence.

66 Effets : indemnités et restitutions. Outre ces questions portant sur le principe même de la rupture, ses effets suscitent des questions importantes.

Les inévitables demandes d'indemnités naissant de la rupture du contrat-cadre se posent: des indemnités de clientèle, notamment, ou plus généralement de fin de contrat. En principe, pourtant, le distributeur, commerçant indépendant, ne peut solliciter aucune indemnité de clientèle, puisque c'est la sienne, il est un commerçant indépendant. Pourtant, là encore, l'indépendance fait défaut et le législateur assimile parfois le distributeur particulièrement dépendant à un salarié dans

195 Cf. Com. 23 juin 1998, Cah. dr. entr. 1998/6, p. 20, obs. D. Mainguy, Cf. Com. 8 oct. 2003 (2 arrêts), RTD civ. 2003. 92, obs. J. Mestre et B. Fages.

196 Cf. M. Fabre-Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, Mélanges J. Ghestin, 2001. 301 ; Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, in La motivation et le pouvoir contractuel, RDC 2004. 573, X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, Trav. Ass. H. Capitant, La motivation, 2000, p. 73 ; D. Mainguy, Remarques sur les contrats de situation et quelques évolution récentes du droit des contrats, Mélanges M. Cabrillac, 1999, p. 165.

quelques conditions bien précises (C. trav., art. L. 781-1). Le problème de la propriété de la clientèle dérive par ailleurs, du point de savoir si elle appartient au fournisseur, le franchiseur dans la plupart des hypothèses, ou au distributeur, vers les rapports entre le distributeur et son bailleur. La Cour de cassation admet que la clientèle, au moins une partie, appartient bien au distributeur (197).

Des restitutions s'observent également : le distributeur doit restituer les signes distinctifs, marque, enseigne, du fournisseur ou bien les matériels prêtés, dont les cuves des pompistes de marque qui ont donné lieu à une jurisprudence fameuse ¹²⁶.

Plus difficile est la question de la restitution des stocks dont il disposerait encore : il ne peut les revendre car il ferait une concurrence déloyale au fournisseur et au nouveau distributeur qui occupe son territoire, et le fournisseur, pas plus qu'un autre distributeur du réseau, n'est tenu de les lui acheter. La jurisprudence affirme que le fournisseur n'a pas à reprendre ces marchandises : les parties auraient dû s'en préoccuper ¹²⁷. Pourtant, le distributeur ne peut plus en disposer, et l'on songe à la garantie d'éviction du fait personnel due par le vendeur pour y remédier ¹²⁸ que la jurisprudence rejette pourtant.

§ 2. – L'application de l'article L. 442. 6, I, 5° C. com.

⁶⁷ **Rupture brutale de relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5°).** – Ce texte, modifié en 2001, constituait la véritable nouveauté de la loi de 1996 et a connu une forte notoriété, non d'ailleurs en raison de son contenu mais simplement de sa présence : il fournit, au moins pour les relations commerciales, un support textuel à une demande

197 Cf. Com. 29 mars 2002, JCP 2002, note J.-L. Respaud, à paraître ; CA Paris, 4 oct. 2000, D. 2001, p. 380, obs. Monéger-Dupuis, p. 1728, note H. Fenfack, somm. p. 301, obs. D. Ferrier, JCP 2001, II, 10467, note B. Boccara, à propos du contrat de franchise : le franchisé est propriétaire de son fonds de commerce., CA Paris, 6 févr. 1996, JCP 1997, II, 22818 note B. Boccara. Adde : J. Derrupé, Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ? AJPI 1997, p. 1002.

d'indemnisation, en l'absence de toute référence dans le ode civil.

Le texte dépasse d'abord très largement les frontières du domaine des relations de la grande distribution. Au départ destiné à policer les relations difficiles entretenues entre la grande distribution et leurs fournisseurs, ce qu'on appelle les relations « producteurs distributeurs » ou « industrie commerce », il a connu un succès certain dans et en dehors de ce secteur.

Il s'agit, en effet de « toute relation commerciale établie ». Il s'agissait, en 1996, de cerner celle de déréférencement abusif, guère plus expressive (198). Le 5° de l'article L. 442-6 était d'ailleurs accompagné d'autres textes permettant de rétablir la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, puisque tel était le titre et l'ambition de la loi de 1996.

Deux interprétations étaient alors possibles. Selon une première interprétation, étroite, les « relations commerciales établies » sont des relations contractuelles, c'est-à-dire celles établies sur la base d'un contrat de longue durée comme un contrat cadre, ou tout autre contrat, pour autant qu'il soit bien un contrat « commercial ». Une seconde interprétation, extensive, élargit la notion à des relations moins ou pas du tout organisées comme des successions de contrats à exécution instantanée ou rapide, comme des successions de ventes.

C'est cette seconde conception, qui a été retenue par la Cour de cassation mais en application des règles du droit commun des contrats (199). La notion de relation commerciale établie ne se limite pas à des relations contractuelles proprement dites mais s'étend à toute relation, commerciale, quelle que soit sa nature juridique, fondée sur un contrat ou sur une succession de contrats, de commandes, de ventes (200).

198 V. cependant M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Litec, 1989 ; Contrat de référencement, J.-Cl. Contrats, distr. fasc. 266

199 Cf. Cass. com. 28 février 1995, JCP éd. E 1995, n°suppl. Cah. dr. ent. 1995/6, p. 28, note D. Mainguy, RTD civ. 1995, p.885, obs. J. Mestre >document n° , Cass. com. 23 mai 2000, JCP éd. E, 2001, n° sp. Cah. dr. ent. 2001/2, p. 30, obs. D. Mainguy >document n° , Cass. com. 3 déc. 2002 et 23 avr. 2003, JCP éd. E, II, note D. Mainguy, >document n°.

200 Cf. Lyon 15 mars 2002 et Versailles, 22 mars 2002, Cah. dr. ent. 2002/5, n°4, obs. D. Mainguy, Douai, 5 déc. 2002, Cah. dr. ent. 2003/3, p.

Il convient toutefois que les relations, bien qu'établies, soient commerciales, de sorte qu'un notaire (201) et plus généralement le professionnel lié par un contrat d'exercice libéral (202) ne peut revendiquer son application (203).

L'extension peut alors apparaître redoutable dans la mesure où elle envisage une application particulièrement large. C'est le cas notamment des relations précontractuelles. Doit-on considérer qu'une négociation contractuelle, si elle est commerciale, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, instaurant une forme, nouvelle et rigide, de police de la négociation ? C'est ce qu'affirmait un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier (204) rejointe depuis par la Cour de cassation (205) de façon tout de même exagérée dans la mesure où l'apport de ce texte est assez maigre, se contentant d'exiger un préavis écrit. Or, il n'est pas certain que cette rigidité soit opportune dans le domaine de la négociation, surtout lorsqu'elle est informelle.

Un important arrêt du 23 avril 2003 (206) apporte une précision un peu différente et bien plus importante. Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir appliqué l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en dehors de sa *ratio legis*. Le pourvoi considérait en effet que ce texte avait simplement vocation à s'appliquer dans les relations « producteurs distributeurs » dans la logique d'une meilleure distribution des produits aux consommateurs. Or, le fournisseur évincé était un fournisseur « technique » en quelque sorte, et non un « producteur » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce et du droit de la concurrence. Cette

Obs. D. Mainguy), des successions de contrats même ponctuelles (Cass. com., 15 sept. 2009, n°08.19200 >document n°), qui doivent cependant être suffisamment sérieuses (Cass. com. 16 déc. 2008, n°07-15589, JCP, éd. E, 2009, 1479, obs. D. Mainguy >document n°.

201 Cass. Com. 20 janv. 2009, n°07-17556.

202 Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774, JCP, éd. E, 2008, 1638, obs. D. Mainguy.

203 Comp. bizarrement pour un architecte : Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.050, JCP éd. E, 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

204 Montpellier, 11 août 1999 Cah. dr. ent. 1999-5, n°4, obs. D. Mainguy.

205 Cass. com., 5 mai 2009, n°08.11916 >document n°.

206 Cass. com. 23 avr. 2003, JCP éd. E, II, note D. Mainguy, >document n°.

interprétation est également rejetée par la Cour de cassation dans une formule qui confirme l'élargissement du champ d'application du texte : « *entre dans le champ d'application de l'article 36, alinéa 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce, toute « relation commerciale établie » que celle-ci porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service* ». L'arrêt d'appel de la Cour de Douai affirmait de façon plus claire que « *les termes mêmes de la loi ne permettent pas, dans la généralité de l'expression, d'instaurer des réserves ou des exceptions selon tel type de marché ou de contrat* ».

68 Rupture brutale. – S'ajoutent, alors, des conditions quant à la rupture : il doit s'agir d'une rupture « brutale ». Or, celle-ci sera observée lorsque la rupture ne sera pas précédée d'un préavis suffisant.

Une condition de fond repose sur l'exigence d'un préavis « tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels ».

Il n'ajoute pas au droit commun des contrats s'agissant du principe d'une telle exigence. La jurisprudence fournit nombre d'exemples vérifiant le principe ferme selon lequel la rupture d'un contrat à durée indéterminée ou le non renouvellement d'un contrat à durée déterminée est un droit pour chacune des parties, droit qui est susceptible de dégénérer en abus dans deux situations.

La première est a priori étrangère à l'article L. 442-6, I, 5^o C. com., il s'agit de l'hypothèse d'une rupture fautive dans laquelle le reproche adressé à l'auteur de la rupture repose sur les circonstances de celle-ci, par exemple lorsque des investissements importants ont été exigés à son contractant et que la rupture intervient tôt ensuite (207) ou bien lorsque l'auteur de la rupture a pu laisser croire à son contractant que cette

207 Cf. Cass. com. 5 oct. 1993, préc., Cass. com. 4 janv. 1994, Contrats, conc. consom. 1994, n^o 69, obs. L. Leveneur, Cass. com. 20 janv. 1998, préc. et V. Cass. com. 7 oct. 1997, D. 1998, p. 413, note C. Jamin, JCP 1998, Ed. G, II, 10085, obs. J.-P. Chazal, Contrats, conc. consom. 1997, n^o 20, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, RTD civ. 1998, p. 370, obs. J. Mestre.

relation allait demeurer, sans toutefois, sauf exception, envisager l'exigence d'une motivation de la rupture (208).

La seconde situation, en revanche, est directement concurrente de l'application de l'article L. 442-6, I, 5° : la rupture brutale d'une relation contractuelle sanctionne le non respect d'un préavis d'une certaine durée, comme en droit commun des contrats (*Cf. Supra, n°*) et partant, la soudaineté, la surprise et donc la violence qui résulte d'une rupture non annoncée, à partir du constat que cette brutalité est depuis longtemps considérée comme constitutive d'une faute dommageable. La jurisprudence rendue au titre de l'article L. 442-6, I, 5° s'inscrit dans la continuité de ces dernières exigences du droit commun des contrats, avec cependant deux différences essentielles qui participent de la construction de règles propres aux contrats d'affaires.

La première tient au fait que l'article L. 442-6, I, 4° exige un préavis *écrit*. Ce formalisme de la rupture d'un contrat est alors spécifique à la rupture des relations commerciales établies et ajoute aux règles du droit commun, même si, comme on le verra, cette exigence est sans doute de peu de portée.

La seconde tient au fait que la durée du préavis est évolutive : il ne s'agit pas d'une simple durée raisonnable, mais d'une durée tenant compte de l'ancienneté des relations et des usages du commerce, très importants en pratique. Il en résulte par exemple que lorsqu'un contrat prévoit l'adresse d'un préavis écrit à l'occasion de la rupture d'un contrat à durée indéterminée ou de contrats à durée déterminée qui se renouvellent régulièrement, la confiance dans la durée choisie par les parties doit être toute relative. L'appréciation de cette durée ne dépend en effet pas uniquement de sa précision par les parties, mais bien de « l'ancienneté des relations », à moins que, précisément, les parties aient choisi des durées variables de préavis en fonction de

208 Comp. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation dans les contrats », Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001 ou inéluctable et donc à aménager sur des considérations économiques : D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec 1999, p. 165.

l'évolution de la durée des contrats, ce qui n'est guère aisé (209).

En outre, le texte de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoit expressément que la résiliation sans préavis est possible, notamment « en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure », situation contrôlée par la Cour de cassation (210).

La jurisprudence fourmille d'exemples qui, par leur répétition permettent de se faire une idée de la « bonne durée » d'un préavis. Il n'y a évidemment pas de norme en l'absence de règle particulière, hormis en droit de la concurrence. Le projet de loi NRE avait d'ailleurs projeté d'adopter dans l'article L. 442-6, I, 5°, un préavis uniforme de 4 puis de 6 mois qui n'a finalement pas été retenu.

69 Apport de l'article L. 442-6, I, 5° ? On observe alors que l'utilité de ce texte au départ assez maigre s'est considérablement étoffée. Seule une exigence d'écrit et une certaine rigidité dans la computation du délai de préavis. Mais on peine à imaginer quel préjudice spécifique le non respect de l'écrit pourrait créer, dans le cas où un opérateur respecterait un préavis verbal d'une durée tenant effectivement compte de l'ancienneté des relations. On pourrait concevoir que la jurisprudence s'en tienne à une

209 Cf. par exemple, Rouen, 3 novembre 1998, Cah. dr. ent. 1999/2, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, qui avait considéré que la durée de trois mois fixée par le contrat était insuffisante ; CA versailles, 17 juin 1999, Cah. dr. ent. 2000-4, n°6, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud à propos à un contrat de concession commerciale conclu pour une durée indéterminée résilié en respectant un préavis de un mois : « *Considérant qu'il est de principe que lorsqu'un contrat de concession a été conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties est en droit de le résilier sans indemnité et sans avoir à fournir de motifs, sous réserve toutefois d'un préavis suffisant et sauf le cas d'un abus de droit imputable à l'auteur de la rupture (...). Considérant que (...) le délai de quelques semaines, même prorogé d'un mois dont a bénéficié le concessionnaire, ne saurait constituer un préavis suffisant, eu égard à la durée des relations permettant audit concessionnaire de réorienter ses activités et de trouver des débouchés de substitution* », (Cass. com. 3 déc. 2002, préc).

210 Cf. Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517 >document n°), Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-19.370, JCP, éd. E. 2009, 1638, obs. D. Mainguy >document n°.

conception très formaliste de cette exigence d'écrit, de sorte que son défaut emporterait nullité du préavis et donc absence de préavis. Cette perspective est cependant bien étrangère à la matière des contrats d'affaires, d'autant que le droit commun des contrats tolère très largement l'existence d'un préavis verbal (211). Un second intérêt est d'ordre processuel : la violation de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce fournit à la DGCCRF l'occasion d'intervenir, même pour demander réparation du préjudice dans les conditions posées par l'article L. 442-6, III du Code de commerce.

Pourtant nombre de problèmes nouveaux apparaissent et lui confère une importance nouvelle et, à bien des égards décisive, au-delà de la simple utilité processuelle permettant à un plaideur d'identifier sa demande en la rattachant à un texte de loi.

Il en est ainsi de la référence à une rupture brutale partielle (*cf. infra, n°*) ou du refus d'achat.

On constate alors que ce texte, spécial et *a priori* de droit de la concurrence, se présente comme un texte d'exception aux règles du droit commun des contrats dont la vocation serait d'englober une bonne part du contentieux en la matière, singulièrement celui des contrats de distribution.

Une première raison de ce succès repose sur le réflexe des praticiens du secteur, prompts à faire appel aux ressorts des règles du droit de la concurrence, mais aussi, de manière plus pragmatique, par la simple présence d'un texte de référence imposant un préavis. C'est peut-être cette dernière raison qui justifie son application bien au-delà des relations entre fournisseurs et distributeurs, « *quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé* » (212).

211 Cf. Paris, 13 oct. 1967, Gaz. Pal. 1968, 1, 36 ; Cass. com. 27 oct. 1970, JCP 1971, éd. G, II, 16689 : il suffit que le préavis soit exprimé de façon non équivoque.

212 Cf. Cass. com. 6 févr. 2007, n° 03-20463, JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, obs. D. Mainguy, pour une association, mais, pour un contrat d'exercice libéral Cass. com. 23 oct. 2007, n°06-16774, Bull. civ. IV, à paraître,), JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, préc., et dans les relations de sociétés, par exemple s'agissant du retrait d'un membre d'un GIE Cass. com. 3 avr. 2007, n°06-

Une deuxième raison plus fondamentale repose la pratique judiciaire qui, déjà, se fait jour. On constate, d'abord, comme la plupart des arrêts en font la démonstration, la volonté d'appliquer ce texte de façon très large, à toutes les relations commerciales établies dans le sens très large plus haut relevé. On observe ensuite que les solutions qui en résultent ne sont pas toujours conformes aux règles posées par le droit commun des contrats. C'est le cas, notamment, de l'établissement du préjudice subi par le contractant évincé. En principe, les hypothèses de rupture abusive d'un contrat se scindent en deux catégories plus haut décrites, celle de la rupture *fautive* et celle de la rupture *brutale*, cette dernière étant doublée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Or, les préjudices réparables correspondant sont en principe bien distingués. Dans un cas, celui de la rupture *brutale*, le préjudice correspond au préavis non exécuté. Dans l'autre, celui de la rupture *fautive*, le préjudice subi est le gain manqué, la perte d'une chance de poursuivre la relation commerciale. Or, ces deux préjudices sont bien distincts. Si, en effet, un préavis conforme est respecté, le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée sont par nature précaires interdit que la rupture du contrat emporte, en elle-même, un préjudice réparable. C'est ce que, dans le cadre de l'arrêt ayant donné lieu à l'arrêt du 23 avril 2003 (213), la Cour d'appel de Douai avait retenu : le contractant évincé « *ne peut obtenir réparation que du préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture et non du préjudice découlant de la rupture elle-même* ». Pourtant, on observe un glissement entre ces deux types de préjudices qui emporte une certaine confusion entre les fautes dans la rupture elles-mêmes. C'est ainsi que la même Cour de Douai affirmait que « *il est évident que, plus la dépendance économique est grande, plus le préjudice découlant du caractère brutal de la rupture est important* » et la Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 15 mars 2002, considérait que « *le texte n'exige pas pour son application une exploitation abusive d'un état de dépendance économique, une telle exploitation constitue (...) une circonstance*

10256, Contrats, conc., consomm. 2007, n°171, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, préc.

213 Cass. com. 23 avr. 2003, préc.

aggravante» (214). Le recours à cette notion de dépendance économique pour expliquer l'accroissement du préjudice lié à la rupture brutale n'est guère convaincant. Ce n'est pas un critère de l'application de ce texte et, par ailleurs, son constat ne modifie en rien la teneur du préjudice subi du fait de la rupture brutale. Affirmer donc que le préjudice subi du fait d'une rupture brutale croît en fonction de la dépendance économique du partenaire évincé parvient à faire réparer le préjudice subi du fait de la rupture elle-même, alors que seule la démonstration d'une faute distincte pourrait permettre d'emporter sa réparation. D'ailleurs, l'état de dépendance économique n'est ni une faute ni un dommage réparable en soi ; seul son abus est susceptible d'être sanctionné. En revanche, on pourrait aisément concevoir que l'existence d'une telle situation de dépendance constitue un élément de nature à allonger la durée du préavis. La conception que certaines cours d'appel se font de l'application de ce texte, non remise en cause par la Cour de cassation, participe donc de l'élaboration de ce régime spécial de la rupture des contrats d'affaires. Deux arrêts du 5 décembre 2002 (215) ajoutent d'ailleurs encore à cette spécificité : ils considèrent que le préjudice réparable s'étend à la réparation du dommage tenant à l'existence d'investissements non encore amortis spécifiquement engagés pour satisfaire un besoin spécifique du distributeur, au coût de restructuration ou de désinvestissement consécutif à la rupture, à la désorganisation de l'appareil productif du fournisseur et même le préjudice par ricochet subi par les créanciers impayés du fournisseur. Or ces chefs de préjudice sont, en droit commun des contrats, réparables (216) à la condition de prouver l'existence d'une faute dans la rupture du contrat, distincte des conditions de la sanction d'une rupture brutale.

Une troisième raison tient aux conséquences de ce texte sur les

214 Lyon 15 mars 2002 et Versailles, 22 mars 2002, préc.

215 Douai, 5 déc. 2002 (deux arrêts), Cah. dr. ent. 2003/3, p. , obs. D. Mainguy.

216 Comp. contra : A. Juaristi et A. de Brosse, « Le préjudice lié la rupture fautive de relations commerciales établies », Dr. et patrimoine, Juin 2005, p. 60.

dispositions contractuelles : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce établit une règle d'ordre public, de telle manière que des stipulations contractuelles fixant un délai de préavis qui serait considéré comme insuffisant en l'absence de celles-ci ne s'imposent pas au juge ; tout au contraire, l'exigence d'un préavis raisonnable tenant compte de l'ancienneté des relations s'impose de manière générale, malgré toute stipulation contractuelle (217), solution qui pose alors difficultés dans le cas de la présence d'une clause attributive de juridiction, dans l'ordre interne ou dans l'ordre international (cf. infra, n°223).

70 Rupture partielle. – L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce précise également que la rupture, brutale, peut être partielle. La question peut se poser en effet d'une « fausse rupture » du contrat, par simple diminution des commandes, par exemple pour contourner l'exigence de préavis ou l'éventuelle sanction de la rupture abusive (218), c'est-à-dire d'un déréférencement partiel, notion guère éclairante et n'a pas vraiment de sens en dehors du domaine de la grande distribution (219).

217 V. Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121, JCP E 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy.

218 Cf. J. Beauchard, « Réflexion sur le déréférencement abusif », LPA, 7 févr. 1997, p. 13, Cf. D. Ferrier, Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat, in La cessation des relations d'affaires, PUAM, 1996, p. 45.

219 Cf. J. Beauchard, « Stabilisation des relations contractuelles », art. cit. : *« Qu'est-ce qu'une rupture partielle ? Est-ce qu'une diminution des commandes constituera une rupture partielle ? Il ne me semble pas que l'on puisse appliquer le texte sur ce simple critère. Une baisse des commandes peut être tout simplement due à une baisse d'achat des consommateurs sur tel ou tel produit ou à un changement de goût de la clientèle, à l'arrivée sur le marché de produits concurrents qui attirent la clientèle, au fait qu'un produit finisse par se démoder, etc... En fait, en envisageant la rupture partielle, il semble que le législateur ait surtout songé au déréférencement partiel pour certains produits de la gamme d'un fournisseur. C'est peut-être la seule hypothèse om l'on admettra effectivement la rupture partielle de relations commerciales établies, hormis sans doute dans quelques hypothèses marginales que les circonstances révéleront »*. Comp. à propos de modulations de commandes et la notion de rupture partielle Déc. Cons. conc., 13 déc. 1994, Secteur des lessives, Rec. Lamy, n° 616, note D. Mainguy ; en appel, Paris, 13 déc. 1995, BOCCRF, 28 févr. 1996, p. 57 « en

La jurisprudence rendue sur la base de ce texte (220) comme sur la base du droit commun des contrats (221) retient cette hypothèse l'assimiler à une rupture « ordinaire » du contrat, nécessitant donc le respect d'un préavis (*Cass. com. 23 janv. 2007, n° 04-16779, JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, obs. D. Mainguy, >document n°*).

De même est équivalent à une rupture totale la « rupture échelonnée » lorsque les parties sont liées par un ensemble de contrats et que l'un procède à la rupture d'un contrat mais laisse demeurer le contrat principal, alors que les contrats rompus étaient soit des compléments nécessaires, soit permettaient au contrat principal d'assurer son équilibre financier (222).

71 Sanction contractuelle ou délictuelle ? – La question de la nature de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, encourue du fait de l'application de ce texte pose une difficulté majeure.

La nature délictuelle de la sanction est souvent suggérée car ce texte dispose, que « *engage sa responsabilité, le fait, (...) de rompre, même brutalement une relation commerciale établie (...)* », alors pourtant que la rupture d'un contrat est susceptible de relever soit d'un contentieux contractuel chaque fois que la rupture est celle d'un contrat, un contrat cadre, soit d'un contentieux délictuel, par exemple si c'est la rupture d'une succession de contrats dont il s'agit.

Dans un contexte interne, la Cour de cassation affirme de manière assez nette (223) avec toutes les conséquences qui en

ce qui concerne les dérèfèrencements partiels (...) il ne peut être refusé à un distributeur toute possibilité de ralentissement ou de modulation des commandes et de lui imposer de s'approvisionner, quel que soit l'état du marché et de ses stocks, aux cadences antérieures ».

220 Cass. com. 7 juill. 2004, Cah. dr. entr. 2004/5, n°5, obs. D. Mainguy, RDC 2005, p. 392, obs. M. Béhar-Touchais, >document n°.

221 Cf. Cass. civ. 1ère, 3 juill. 1996, Bull. civ. I, n°292, RTD civ. 1997, p. 426, obs. J. Mestre (réduction de 80% de l'activité d'une clinique avec un médecin anesthésiste).

222 Cf. Cass. com. 17 juill. 2001, RJDA 2002, n°148.

223 Cass. com. 6 février 2007, n° 04-13178, Bull. civ. IV, n°21, D. 2007, p. 653, obs. E. Chevrier ; JCP G, 2007, II, 10108, note F. Marmoz, RDC,

découlent, par exemple s'agissant de l'application d'une clause attributive de compétence.

Curieusement cependant, dans un contrexte international, la Cour de cassation affirme de manière tout aussi nette qu'une clause attributive de de juridiction doit être appliquée quand bien même le litige est fondé sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (224), de telle manière manière que la question rebondit pour savoir si l'article L ; 442-6, I, 5° du Code de commerce est, ou non, une loi de police, de telle manière qu'il évincerait tout conflit de loi pour imposer le jeu de la loi française et, éventuellement, la considération d'une responsabilité délictuelle pour évincer le jeu d'une clause attributive de compétence (225).

2007, p. 731, obs. J.-C. Borghetti, RLC 2007/13, n°942, JCP éd. E, 2008, 1638, obs. D. Mainguy : « alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur », Cass. com. 13 janv. 2009, n°08.13971,

224 Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n°06-10946, JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, obs. D. Mainguy ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-15823, E 2009, 1409, note M. Ollivry, JCP, éd. E, 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

225 Cass. civ. 1^{ère}, 22, oct. 2008 n° 07-15.823 : JCP, éd. E, 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy : « pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ; Qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ; Cass. com. 21 oct. 2008 n° 07-12.336, JCP, éd. E, 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy : « Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent

72 **Refus d'achat ?** – A la différence du refus de vente qui a été sanctionné pendant longtemps, le refus d'achat n'a jamais fait l'objet d'une sanction particulière, le refus d'achat étant l'expression de la liberté de s'approvisionner (226). La seule limite résulte, indirectement, des conditions de la sanction du déréférencement ou du référencement abusif, qui peut être considéré comme le refus d'acheter à certaines conditions ou bien encore lorsque la rupture d'une relation résulte d'une modification des conditions contractuelles (227). L'ensemble participe alors d'une modélisation de l'abus de la puissance d'achat (228) que tous ces textes épars d'un droit de la concurrence morcelé (v. not. C. com., art. L. 420-2, L. 441-3 et s., L. 442-6, I, 1^o, 2^o, 3^o, 4^o, 6^o) peinent cependant à identifier.

être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ; que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés . »

226 Cf. Cass. com. 5 juill. 1994, JCP 1994, II, 22323, note J. Léonnet.

227 Cf. Cass. com. 7 juill. 2004, D. 2005, D. 2005, Pan. 150, obs. D. Ferrier, RDC 2005, p. 392, obs. M. Béhar-Touchais >document n^o.

228 L. Vogel, « Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaidoyer pour un changement », JCP 1997, éd. E, I, 713 et, du même auteur, « L'abus de puissance d'achat », D. aff. 1999, p. 1464.

TITRE 2

LES CONTRAINTES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

CHAPITRE 1. – L'APPLICATION AU CONTRATS DE DISTRIBUTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

73 Quel droit de la concurrence ? – Si l'importance du droit de la concurrence, tant français que surtout communautaire, doit être soulignée, encore faut-il mesurer l'étendue du droit de la concurrence (229) tel qu'il s'applique aux contrats de distribution : les règles du droit antitrust (C. com., art. L. 420-1 ets., TCE, art. 81 et 82), bien entendu, celle du droit de la concurrence déloyale, envisagée essentiellement à propos des questions portant sur la revente hors réseau (cf. supra n° et Infra, n°), les pratiques restrictives de concurrence et de transparence tarifaire, mais encore, en amont les règles communautaires fondatrices, intéressant les conditions d'une concurrence saine entre Etats-membres, essentiellement les applications du principe de liberté de circulation des marchandises (TCE, art. 28 et 29). En effet, si « *les restrictions quantitatives à l'importation (et à l'exportation) ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres* », il en résulte bien des applications concernant les contrats de distribution.

74 Importance et contingence du droit de la concurrence. – Un contrat de distribution, en soi, n'est pas nécessairement un contrat de nature à fausser ni même à influencer un marché ; c'est le réseau de contrats de même nature, un réseau de franchise, un réseau de concession... qui peut avoir cette

229 Sur les définitions du droit de la concurrence et les problématiques qui en résultent, Cf. Cl. Lucas de Leyssas et G. Parléani, Droit du marché, Puf, 2004 ; M.-A. Frison Roche et S. Payet, Droit de la concurrence, Dalloz, 2006, M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence, Masson, 2006, D. Mainguy (dir.), Dictionnaire de Droit du marché, Ellipses, 2007.

influence. On observe alors que le droit de la concurrence s'est très tôt intéressé à ces réseaux de contrats de distribution, facilitant son contrôle par des règlements communautaires par catégorie.

En même temps, il faut relativiser cette importance : le droit de la concurrence, articles L. 420-1 et 2 du Code de commerce et articles 81 et 82 TCE, n'intervient qu'à la marge comme un droit « policier » et pour autant que les critères d'application du droit de la concurrence soient atteints. Or, quantitativement, bien des contrats échappent à ce contrôle de sorte que s'il est parfois présenté que les règles du droit de la concurrence interviennent de façon première, avant celles du droit des contrats, voire de façon totalement imbriquée, force est d'observer au contraire que ces règles doivent être dissociées car elles n'ont pas les mêmes fondements et ne poursuivent pas les mêmes buts. Les autorités de la concurrence répètent ainsi fréquemment qu'un règlement d'exemption « *n'établit aucune prescription contraignante* » et se limite à établir des conditions d'exemption de certaines clauses ou contrats aux sanctions du droit de la concurrence (230) pour autant que celui-ci s'applique. Cela suppose qu'une atteinte suffisamment sérieuse au marché communautaire soit portée alors que la théorie des accords d'importance mineure évacue toutes les ententes de ce type qui représentent moins de 10% d'un marché et que la théorie de la « *règle de raison* » permet à de « bonnes » ententes de passer entre les mailles du filet.

Section 1. – L'application des règles du droit antitrust aux contrats de distribution

75 Evolution : des règlements d'exemption par catégorie particuliers au règlement d'exemption unique. – Le droit de la concurrence a vocation à contrôler les effets éventuellement anticoncurrentiels que peuvent produire les contrats de distribution par les restrictions d'accès au marché qu'ils emportent : clauses d'exclusivité, clause de non concurrence,

230 Cf. CJCE, 18 déc. 1986, aff. 10/86, Rec. CJCE, p. 4084 ; Com. 4 juin 1996, Europe, 1996, n° 287.

refus de vente opposés aux tiers, contrôle du distributeur..., toutes ces clauses, ces contrats risquaient d'emporter un cloisonnement du marché communautaire. Deux formules fâchent particulièrement le droit de la concurrence : les clauses d'exclusivité territoriale trop stricte (231) mais aussi les clauses susceptibles d'imposer un prix minimum de revente (232).

Le droit communautaire de la concurrence a alors proposé une technique permettant d'éviter à la commission des communautés européennes de subir l'afflux de demandes d'exemptions individuelles, contrat par contrat, par l'adoption de *règlement d'exemption par catégorie*. Il s'agissait alors de proposer une grille d'analyse de certains contrats, dont certains contrats de distribution, en visant certaines clauses dont la présence, selon le cas, imposait le retrait de l'exemption, un examen particulier du contrat, ou était neutre (clauses « noires », « grises » et « blanches »). Ces règlements d'exemption par catégorie intéressaient les contrats d'approvisionnement exclusif (Règlement n°1984/83), les contrats de distribution exclusive c'est-à-dire les contrats de concession (Règlement n° 1983/83), les contrats en matière de distribution automobile (Règlement n° 123/85 puis Règlement n° 1475/95 qui fait l'objet d'une réforme en automne 2002) et les contrats de franchise (Règlement n° 4087/88). Le contrat de distribution sélective, en revanche, ne bénéficiait pas d'une telle procédure d'exemption par catégorie mais certaines décisions avaient forgé le cadre des conditions d'une exemption. Ces règlements d'exemption prévoyaient, par ces clauses, des formules contractuelles vues par la loupe du

231 Cf. not. CJCE, 13 juill. 1966, Grundig-Consten, aff. 56 et 58/64, Rec. CJCE, p. 429, à propos des clauses d'exclusivité ; Dés. Conc. conc. n°98-D-62, 13 oct. 1998, Rec. Lamy, n°769, Contr. conc. consom. 1999, n°23 ? obs. M. Malaurie-Vignal. V. aussi très récemment à propos des clauses d'exclusivité dans les contrats de concession automobile : Déc. n°98/273 Comm. 18 janv. 1998, Volkswagen, JOCE, 25 avr. 1998, n° L. 124, p. 60, Contr. conc. consom. 1998, n° 133, note S. Poillot-Peruzzetto et sur appel TPICE, 6 juill. 2000, aff. T 62/98, Contr. conc. consom. 2000, n°179, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

232 C. com., art. L. 442-5, Règl. n°2790/99, art. 4 et v. Crim. 31 oct. 2000, Bull. Crim. n° 326, Cah. dr. ent.2001-4, p. 33, obs. D. Mainguy.

droit de la concurrence mais qui pouvaient passer pour des sortes de contrats types, par un « effet de camisole » souvent dénoncé dans la mesure où le droit de la concurrence ne s'applique que pour autant que ses conditions d'application, strictes, soient rassemblées.

Aujourd'hui ces règlements d'exemption, à l'exception de celui existant en matière de distribution automobile, ont été abrogés et remplacés par un règlement d'exemption unique, le Règlement n° 2790/99 du 22 décembre 1999 (233), complété par des « lignes directrices » (234). Le but est de proposer une méthode unique d'appréciation des contrats de distribution, plus largement des restrictions verticales de concurrence dans le langage du droit de la concurrence, même si inévitablement les lignes directrices proposent des raisonnements qui reposent sur les formules contractuelles déjà étudiées. Dès lors, le Règlement unique ne propose que des clauses interdites, de sorte que les clauses non prévues sont par principe valables. Par ailleurs, ce Règlement d'exemption unique propose une méthode essentiellement économique, fondée sur l'appréciation des *parts de marché* et mieux, du *pouvoir de marché*. En effet, l'exemption est réservée aux contrats pour lesquels le fournisseur détient une part de marché inférieure à 30 % du marché de référence (235) ; au-dessus l'exemption est exclue et suppose donc une notification du contrat à la commission européenne dans le but d'obtenir une exemption individuelle. Par ailleurs, le droit communautaire de la concurrence considère que les contrats pour lesquels le fournisseur dispose de moins de 10% du marché sont exclus, sauf exception, du champ d'application des règles des articles 81

233 Cf. V. Sélinsky, Ch. Montet, P. Arhel, Le nouveau règlement d'exemption, Rev. Lamy, dr. aff. 2000, n° 31, C. Halimi-Dechelette, La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence, Contr. conc. consom. 2000, n°6, S. Poillot-Peruzzetto, RTD com. 2000, p. 492.

234 Comm. Comm. n° 2000/C 291/01, 13 oct. 2000, Lignes directrices sur les restrictions verticales.

235 Sur la détermination du marché de référence et le calcul de la part de marché : Cf. Règl., art. 9 et R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, Droit économique, Lamy, n° 4004.

et 82 du Traité de Rome, en raison de la théorie dite « *de minimis* » dite aussi des « accords d'importance mineure » (236).

L'article 4 prévoit cependant un certain nombre de conditions qui doivent en outre être respectées : elles correspondent à des interdits qui emportent retrait automatique de l'exemption. Ainsi, en est-il des la fixation des prix de revente et des clauses d'exclusivité territoriales « absolues » (237). L'article 5 du Règlement n° 2790/99 réserve également le sort des « obligations de non concurrence » – dans lesquelles on croit bizarrement discerner des clauses d'exclusivité d'approvisionnement –. Une durée maximale de cinq ans est prévue en principe, sauf quelques exceptions. De même sont interdites les clauses de non concurrence postcontractuelles sauf lorsqu'elles concernent les biens ou services contractuels et lorsqu'elles sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transmis (contrat de franchise essentiellement). Par ailleurs, le retrait de l'exemption est automatique lorsqu'un contrat de distribution sélective impose de ne pas vendre de produits de concurrents déterminés, ce qu'on appelle parfois la « *clause d'environnement de marque* ». Enfin, un régime complexe s'ajoute en cas d'*effet cumulatif de réseaux*, situation qui résulte de réseaux de distribution, voisins, qui empêchent en pratique à un nouvel opérateur d'entrée sur le marché : le contrat, quoique exempté en principe pourrait ne pas l'être automatiquement pour cette raison (Règl., art. 6).

Ajoutons, pour finir cette question, que ces règles sont déterminantes, tant en droit communautaire de la concurrence qu'en droit interne. Les juridictions françaises sont en effet compétentes pour tirer les conséquences des règles communautaires de la concurrence qui bénéficient de l'effet direct. Un nouveau règlement de procédure devrait même prochainement accroître encore les pouvoirs des juridictions internes en la matière, étendant donc l'empire des méthodes communautaires (238).

236 Comm. 22 déc. 2001 JOCE du 22 décembre 2001, n° C 368/13, Cah. dr. ent. 2002-3, n°2, obs. J.-L. Respaud.

237 Cf. Supra, n° 230-1.

238 Cf. L. IDOT, Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée, D. 2001. Chron. p. 1370.

76 Distribution automobile. Le domaine de la distribution automobile a, par ailleurs, toujours été considéré comme particulier (239), justifiant les raisonnements juridiques et, donc, des règlements d'exemption particuliers, comme ce fut le cas en 1984 (Règl. n° 123/85 du 12 décembre 1984) puis en 1995 (Règl. n° 1475/95 du 28 juin 1995) et enfin, un nouveau règlement communautaire qui interviendra courant 2002. Il en ressort des exigences plus importantes que pour les autres formules contractuelles s'agissant des clauses d'exclusivité d'abord : outre la prohibition des clauses d'exclusivité territoriale absolue, les importations parallèles étaient favorisées pour permettre une plus grande concurrence entre les pays membres, la durée devait être sous certaines conditions de cinq ans ou comprendre un préavis de deux ans pour un contrat à durée indéterminée.

Le nouveau règlement devrait se traduire encore par un assouplissement des ces règles, dans le sens de l'amélioration du choix pour les consommateurs.

77 Règlement n°330/2010. Le Règlement de 1999 a été remplacé par un nouveau règlement, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Il vise tous les contrats conclus entre entreprises « non concurrentes » et dont l'objet est la vente, l'achat ou la revente de produits ou services qui inclut, notamment, la distribution automobile. Plus exactement, la Commission a préféré ne pas renouveler le Règlement n°1400/2002 qui s'achevait au 31 mai 2010 et soumettre les contrats de distribution automobile à une règle originale : les questions relevant de « l'après vente » au Règlement n°330-2010 et le reste à des dispositions spécifiques au secteur automobile, le Règlement n°461-2010.

Comme le précédent, le Règlement n°330/2010 pose une présomption de légalité des accords qui ne contiennent pas de restrictions graves lorsque la part de marché de l'acheteur et du fournisseur ne dépasse pas 30%.

En revanche, le nouveau Règlement contient un assouplissement du contrôle des restrictions caractérisées : leur présence laisse présumer leur caractère anticoncurrentiel mais

239 Cf. O. GAUCLERE, *Evolutions récentes de la jurisprudence en matière de distribution automobile*, JCP, éd. E, 1999, p. 10.

cette présomption est désormais réfragable comme l’indique les lignes directrices du 19 mai 2010 (*pt.* 47) et une exemption peut théoriquement être démontrée dès lors qu’il est établi que la « clause noire » produit des gains d’efficience et que les conditions de l’article 101§3 TFUE sont rassemblées, par exemple pour une clause de prix minimal de revente imposé (*pt.* 223 à 225).

CHAPITRE 2. – LA CONTRAINTE INTERNATIONALE : LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE DISTRIBUTION

78 Présentation. Il est plus qu’évident que les contrats de distribution sont des outils contractuels d’échanges économiques internationaux de premier ordre : il peut paraître en effet plus économique de développer des ventes à l’étranger par la conclusion de contrats avec des opérateurs déjà installés à l’étranger que de financer des filiales à l’étranger.

Peut alors s’organiser un réseau international de distribution qui participe largement à la mondialisation de la distribution et à l’uniformisation internationale de la consommation. Ils sont de ce fait confrontés à plusieurs sortes de contraintes.

Les premières contraintes sont contractuelles mais ne sont point réservées aux contrats internationaux de distribution. Nous renverrons alors aux ouvrages traitant de ces difficultés (240) tout en ne manquant pas de faire référence à celles-ci parce que telle difficulté de droit des contrats retentit sur un problème rencontré en droit des contrats internationaux. C’est le cas par exemple du contrat de franchise qui fait l’objet d’un modèle particulier élaboré par la Chambre de commerce internationale (241).

240 Cf. note J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, in *Traité de droit des contrats*, ss dir. J. Ghestin, LGDJ, 1995, R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, *Droit économique*, Lamy, D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 3^e éd. 2002.

241 Cf. E. Jolivet, *Loi applicable et règlement des différends dans le contrat-modèle de la franchise internationale* : *JCP E* 2000, *CDE* 2000/4, p. 32.

Les secondes contraintes relèvent de l'application du droit de la concurrence et l'on observe alors une grande césure entre les contrats internationaux de distribution au sein de l'Union européenne et en dehors de celle-ci. Le droit communautaire de la concurrence propose en effet toute une série de règles particulières aux contrats de distribution.

Les dernières contraintes relèvent enfin des règles du droit des contrats internationaux, à travers notamment la gestion des conflits de lois qui peuvent surgir.

79 Réseau international de distribution et contrat international de distribution. On ne confondra pas alors l'implication d'un réseau international de distribution et l'existence de contrats internationaux de distribution (242). L'internationalisation des réseaux de distribution passe souvent par l'existence d'une filiale locale qui conclut des contrats internes de distribution. L'existence d'un contrat international de distribution repose sur les critères traditionnels de l'extranéité d'un contrat. Par exemple, un réseau international de distribution faisant appel à des contrats de franchise peut être organisé soit sous la forme d'une multitude de contrats de franchise, dont beaucoup seront internationaux, soit par le biais de contrats dits de « master franchise » ou de « franchise principale » entre le franchiseur, français par exemple, et des franchisés principaux allemand, suisse, italien, britannique, etc., contrats internationaux, les franchisés principaux étant chargés de conclure des contrats de franchise internes (243).

80 Présence des contrats internationaux de distribution. Encore convient-il de résoudre la difficulté consistant à savoir comment repérer un contrat de distribution *international*. On

242 Cf. Ph. Le Tourneau, Concession, Éléments communs, les rapports collectifs : JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1015, n° 66.

243 Cf. D. Berlin, Droit international et distribution internationale : DPCI 1993, p. 6, D. Ferrier, La franchise internationale : JDI 1988, p. 625, H. Kenfack, La franchise internationale, thèse Toulouse, 1996, S. Seysen-Guérin, Le contrat de distribution international, thèse Paris XI, 2001.

retrouve la dualité des critères juridique et économique (244) dont l'application au cas particulier est intéressante et insuffisante : un contrat de concession conclu entre un concédant et un concessionnaire français mais intégrant un vaste réseau international de contrats de concession tous voisins est-il un contrat interne ou international ? Il n'y a alors ni distinction de nationalité, ni mouvement de flux et de reflux mais on pourrait se demander si ce contrat ne met pas en jeu les intérêts du commerce international. En droit de la concurrence, on considérerait que le droit communautaire de la concurrence s'applique car ce contrat met en jeu les intérêts du marché communautaire. La même interrogation se pose face à un contrat de concession interne conclu en vue de la distribution de marchandises provenant d'un pays tiers (245).

Toutefois, les contrats de distribution sont le plus souvent des contrats-cadres et appellent la conclusion de contrats d'application, des contrats de vente qui peuvent être soumis à une logique internationale différente de celle du contrat-cadre lui-même, ne serait-ce que parce que les instruments juridiques internationaux sont sensiblement différents (246).

81 **Plan.** Il conviendra alors d'observer les règles intéressant la

244 V. *supra*, n^{os} 909 et s. – Cf. Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997 : *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé.

245 Cf. C. Kessedjian, Les contrats de distribution, in V. Heuzé (dir.) *Pratique des contrats internationaux*, GLN-Joly, Livre XVI, n^o 4.

246 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n^o 664. Ils proposent d'ailleurs un exemple convaincant : un franchiseur français conclut un contrat de franchise, international, avec un franchisé allemand, prévoyant l'obligation pour le second de s'approvisionner auprès de fournisseurs référencés par le premier. Si cette liste comprend un fournisseur allemand, les difficultés commencent : les contrats d'application sont en principe internationaux puisqu'ils résultent d'un contrat-cadre dont l'internationalité ne fait pas de doute, mais le contrat conclu avec un fournisseur allemand serait interne, surtout au regard de l'article 1^{er} de la convention de Vienne qui dispose qu'elle s'applique à des ventes conclues entre des parties ayant leur établissement dans des États différents. Cette vente serait-elle interne ou internationale mais non soumise à la CVIM ?

loi applicable (§ 1)²⁴⁷, l'influence du droit de la concurrence (§ 2) et le droit matériel des contrats internationaux de distribution (§ 3).

§ 1. – La loi applicable aux contrats internationaux de distribution

A. – Le choix par les parties d'une loi applicable

⁸² **Nécessité du choix de la loi applicable.** Il n'est pas utile de revenir sur les avantages que présente le choix exprès d'une loi au contrat international, au contrat international de distribution tout particulièrement. Il est indispensable cependant de souligner les risques encourus en matière de contrats de distribution.

Souvent, la structure de ces contrats épouse la notion de contrat-cadre. Rappelons brièvement que le contrat-cadre est un contrat qui a pour objet de définir les conditions dans lesquelles des contrats d'application futurs, des ventes le plus souvent, seront conclus. Il se distingue d'une vente à exécution successive, à livraison et paiement successifs et assure l'encadrement de l'ensemble des règles contractuelles qui gouverneront les innombrables futurs contrats d'application qui seront, tous, conclus sur le même modèle qu'identifie le contrat-cadre (248). Un contrat de concession, par exemple, contient des règles assurant la mise à disposition de la marque, l'uniformisation des méthodes de vente, l'assistance technique du concessionnaire, etc., et l'organisation des ventes futures. Or, le contrat-cadre international sera, en l'absence de choix d'une loi applicable, soumis à un système en fonction des instruments juridiques internationaux applicables et les contrats d'application risquent d'être soumis à un autre système en fonction d'autres

²⁴⁷ S'agissant du juge compétent en matière de contrats internationaux de distribution, V. infra, Livre 5 et M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n^{os} 685 et s.

²⁴⁸ Cf. J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, t. 273, préf. M. Béhar-Touchais, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1996, n^{os} 232 et s., J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution*, thèse Montpellier, 2000.

instruments, la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (249) ou la convention de La Haye de 1955 (250).

83 Modalité et portée du choix de la loi applicable. Confrontées au choix d'une loi applicable à leur contrat, les parties doivent alors mesurer la portée de ce choix eu égard à la structure de la plupart des contrats-cadres de distribution. La clause d'*electio juris* sera insérée dans le contrat-cadre et administrera ce contrat, mais aura-t-elle une influence sur les contrats d'application, et dans quelles conditions ? Cette question ne présente pas de difficulté du point de vue des instruments juridiques applicables à la vente, contrat d'application. La convention de La Haye de 1955 respecte en effet le principe d'autonomie, mais il convient de mesurer la portée de ce choix au regard des règles de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Les difficultés sont alors nombreuses, et dépendent pour beaucoup de la rédaction de la clause. En premier, la clause d'*electio juris* peut ne viser que le contrat-cadre. Dans ce cas, les ventes d'application subiront le sort de n'importe quelle vente. Mais la clause peut, en second, s'étendre aux ventes d'application, soit que sa lecture implique cette extension, soit que l'on considère que la clause d'*electio juris* est une « clause cadre » (251), s'appliquant tant au contrat-cadre qu'aux contrats d'application. Dans ce cas, le choix de la loi applicable sera neutre s'agissant des ventes d'application si, du moins, la loi choisie assure l'application de la CVIM ou bien vaudra clause d'*exclusio juris* de cette dernière à défaut. Enfin, hypothèse en pratique assez fréquente, la clause ne vaudra que pour les contrats d'application, par exemple parce qu'elle sera insérée dans les conditions générales de vente du fournisseur. La

249 Cf. D. Berlin, Droit international et distribution internationale, art. cit., spéc. n° 51, M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. cit., n°s 742 et s. – Comp. Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17752, CCC 2007, n°121, JCP E 2007, 1638, obs. D. Mainguy.

250 Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1986, n°84-17817, Rev. crit. DIP 1988, p. 56.

251 Cf. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, op. cit., n° 750.

Cour de cassation avait alors considéré que le choix ainsi réalisé pour un contrat d'application ne vaut pas pour le contrat-cadre (252).

84 Contrats d'agence. Bien des contrats de distribution sont des contrats de représentation : contrat de mandat, contrat de commission, contrat d'agence commerciale, contrats de référencement, etc. Ceux-ci sont alors soumis aux règles de la convention de La Haye du 14 mars 1978, dans la mesure de son applicabilité.

85 Lois de police. Il reste cependant qu'il est impossible pour les parties de se soustraire, par le choix d'une loi applicable à leur contrat de distribution, à des règles internationalement impératives, telles les lois de police. Or, le droit de la distribution est précisément l'un des domaines dans lesquels l'application des lois de police se pose de façon pressante, s'agissant des règles du droit de la concurrence notamment.

B. – L'absence de choix d'une loi applicable

86 Application du règlement Rome I. En l'absence de choix par les parties de la loi applicable à leur contrat, les difficultés sont importantes. Il s'agit, en effet, d'appliquer alors les règles générales de détermination de la loi applicable selon les règles du règlement Rome I.

Observons qu'avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la jurisprudence s'en tenait aux règles traditionnelles en matière de contrats, se référant essentiellement au lieu d'exécution du contrat de concession (253), c'est-à-dire la loi du distributeur.

Avec le règlement Rome I, les choses sont simplifiées, ou semblent simplifiées. En effet, l'article 4, § 1 du règlement a changé la méthodologie et détermine la loi applicable de certains

252 Cass. com., 15 mars 1988 : *Bull. civ.* 1988, I, n° 83. – Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 1986 : *Rev. crit. DIP* 1988, p. 56, note H. Batiffol.

253 Cf. Paris, 10 avr. 1972, *JDI* 1973, p. 363, note Ph. Kahn.

contrats dont le contrat de franchise ou les autres contrats de distribution. Sans que l'on comprenne très bien l'origine de la différence de traitement dans l'article 4 du règlement puisque la solution est identique, la loi applicable est désormais celle du pays dans le lequel le franchisé, ou le distributeur, a sa résidence habituelle. Le choix très clair en faveur de la partie réputée la plus « faible », formulation qui peut prêter à critique en matière de contrats d'affaires, met fin, de manière abrupte et finalement inutilement autoritaire, alors avec un certain nombre de difficultés dans l'identification de la loi applicable.

87 **Difficultés.** Une première difficulté tient au fait qu'il n'y a pas une notion de « contrat de distribution » uniforme, mais des formules différenciées selon que le contrat assure la vente pour la revente ou la représentation, une exclusivité ou point, une exclusivité unilatérale ou bilatérale, etc. Même lorsque l'on s'accorde sur certains « types » de contrats, l'uniformité ne règne pas et tout juste peut-on repérer des modèles types, approximatifs, de contrats de distribution : franchise industrielle, franchise hôtelière, franchise de services, franchise de distribution, concession commerciale, approvisionnement ou fourniture exclusifs, distribution sélective, agrégation, etc.

Dès lors, il est réducteur de s'en tenir à une analyse « du » contrat de distribution en prenant pour modèle le contrat de concession commerciale. Rappelons que, généralement, le modèle de ce contrat assure la vente pour la revente, une double exclusivité, exclusivité d'approvisionnement et exclusivité territoriale, la mise à disposition de signes distinctifs, une assistance technique et commerciale par le concédant au concessionnaire, etc. Relativement indifférente à cette complexité contractuelle et à la grande diversité des types de contrats, la doctrine s'en tient pourtant à certains stéréotypes. Ainsi, sous l'empire de la convention de Rome et de la recherche de cette fameuse « prestation caractéristique », on pourrait poser en présomption que la prestation caractéristique du contrat de

distribution est l'obligation assumée par le distributeur (254), même si certaines situations permettraient de renverser cette présomption. La prestation caractéristique serait l'obligation du franchiseur et celle du concédant lorsque l'exclusivité ne serait assumée que par le concédant (pour autant que ce contrat s'apparente encore au modèle du contrat de concession) (255). Ainsi la jurisprudence avait-elle décidé (sur la question de l'application de l'article 5-1° du règlement n° 44/20001) que le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de service (256), ni une vente (257).

88 Recherche et limites d'une méthode « globale ».

Inversement, une conception globale peut rechercher la prestation caractéristique telle que dégagée des obligations des contrats. S'opposent alors la loi du fournisseur, du metteur en scène du réseau de distribution, facteur d'unité, et la loi du distributeur, obéissant à un principe de proximité.

On peut en premier « *considérer comme caractéristique de tous les contrats de distribution, la prestation du fournisseur, en ce qu'il est l'initiateur et l'organisateur du réseau* » (258) dans le but de soumettre tous ces contrats à la même loi. La logique de réseau de distribution pourrait ainsi se rapprocher de la jurisprudence française en matière de loi applicable à un emprunt obligataire,

254 D. Berlin, *Droit international et distribution internationale : DPCI* 1993, p. 6. – P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 10 juin 1980 : Rev. crit. DIP* 1991, p. 287, spéc. n° 29 : sera la loi applicable « la loi de l'établissement du distributeur, qu'il s'agisse d'un agent commercial, d'un courtier, d'un commissionnaire, sponsor ou même semble-t-il d'un concessionnaire ».

255 D. Berlin, art. cit., D. Ferrier, *La franchise internationale*, art. cit.

256 Cass. civ. 1ère, 5 mars 2008, n° 06-21.949 : D. 2008, act. jurispr. 858, obs. X. Delpéch, et jurispr. 1729, note H. Kenfack ; RTD com. 2008, 455, obs. P. Delebecque, et 838, obs. B. Bouloc ; JDI 2008, 521, note J.-M. Jacquet.

257 Cass. civ. 1ère., 16 avr. 2008, n° 07-14697. – Cass. civ. 1ère, 9 juill. 2008, n° 07-17295 : D. 2008, act. Jur. 2154 ; Rev. crit. DIP 2008, 863, note D. Sindres.

258 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, op. cit., n° 769.

celle du lieu d'émission et non celle du lieu d'établissement du débiteur de l'obligation de restitution, pourtant caractéristique du prêt (259). Il est vrai que la notion de réseau de distribution offre l'image d'une grande unité : unité de signes distinctifs, contrat-type, logique d'autorité qui ferait du contrat de distribution « *un instrument d'intégration dans le réseau* » (260).

Cette conception pêche cependant par sa radicalité : elle emporte systématiquement application de la loi du fournisseur alors même que la recherche de la prestation caractéristique est niée par cette méthode. L'article 4 de la convention de Rome impose en effet de rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, présumée être la loi d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique du contrat, à moins que l'on puisse identifier une loi autre présentant des liens plus étroits avec le contrat. Ce n'est donc qu'en cas d'échec de la présomption que cette méthode « globale » pourrait être mise en œuvre.

À moins que l'on retienne, d'une façon générale mais inverse, la loi du distributeur parce qu'il serait la partie faible du contrat. Mais la méthode du conflit de lois n'a pas en principe vocation à assurer un tel objectif de protection, celui-ci étant amplement assuré soit par les lois de police., soit par les règles internes de la loi désignée du contrat.

En définitive, la recherche de la prestation caractéristique dépend du contenu de chaque contrat. On peut d'emblée écarter les contrats de représentation, en général soumis aux règles particulières posées en la matière. On peut ensuite observer que le résultat de la méthode de détermination est essentiel en raison de pression juridique qui s'exerce sur les contrats de distribution : on conçoit que le fournisseur, le maître d'œuvre d'un réseau de distribution entend éviter tout *forum shopping* et être de ce fait si possible soumis à la loi du pays dans lequel il est installé alors que le distributeur partage un sentiment inverse.

259 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. et loc. cit.

260 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. et loc. cit., V. aussi L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ, 1995, D. Ferrier, La considération juridique du réseau, Mél. Ch. Mouly, 1998, t. 2, p. 95.

89 Prestation caractéristique d'un contrat comprenant une obligation d'exclusivité. Bien des contrats de distribution comprennent une obligation d'exclusivité : exclusivité d'approvisionnement, exclusivité de fourniture, exclusivité territoriale, exclusivité d'appartenance à un réseau, exclusivité d'activité, bien des formules coexistent. Cette clause peut être considérée comme une obligation structurante du contrat de sorte que, en l'absence de celle-ci, la relation contractuelle serait radicalement différente, ne serait-ce que parce que le débiteur d'exclusivité subit en retour une obligation de contracter. Par conséquent, l'obligation d'exclusivité pourrait sans peine être considérée comme la prestation caractéristique du contrat. Il suffit donc de repérer le débiteur d'exclusivité pour déterminer la loi applicable au contrat : la loi du distributeur dans un contrat d'approvisionnement exclusif, la loi du fournisseur dans un contrat de fourniture exclusive, etc.

Cette première façon de procéder demeure imparfaite en raison de nombreux éléments de complication.

En premier, il arrive bien souvent que l'exclusivité soit réciproque, c'est-à-dire par exemple que le fournisseur se soumet à une obligation d'exclusivité territoriale et le distributeur à une exclusivité d'approvisionnement, comme dans le contrat de concession commerciale. Dans cette hypothèse, doit-on hiérarchiser les obligations d'exclusivité et considérer par exemple que l'obligation d'exclusivité d'approvisionnement est plus structurante que l'obligation d'exclusivité territoriale ? Cela paraît bien aléatoire (261). Dès lors, il ne reste plus qu'à renoncer à la présomption de l'article 4 de la convention de Rome et rechercher une méthode « globale » pour repérer la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

En présence d'une exclusivité territoriale, le territoire constitue un indice très important : la loi applicable pourrait être la loi du territoire sur lequel s'exécutent l'obligation d'exclusivité et les obligations principales du contrat. Il demeure une grande

261 V. cependant Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, 05-12166, Bull. civ. I, n°30, désignant la loi du fournisseur dans un contrat de distribution exclusive.

faiblesse lorsque le territoire ainsi désigné regroupe plusieurs États. Cette technique bénéficie cependant de l'apport de la jurisprudence rendue en matière de détermination du juge compétent. Cherchant à repérer si le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse dans le contrat de distribution, en application de l'article 5-1° de la convention de Bruxelles de 1968 ou désormais du règlement du 22 décembre 2000, la Cour de cassation, appliquant les règles dégagées par la jurisprudence *Tessili* de la CJCE qui impose le recours à la loi applicable au contrat pour déterminer le lieu d'exécution de cette obligation litigieuse, avait retenu des décisions tendant à retenir le territoire d'exécution du contrat (262).

De la même manière, les contrats de distribution mettent très souvent à disposition du distributeur les signes distinctifs qui assurent l'unité du réseau. En ce cas, la loi d'application au contrat pourrait être considérée comme étant la loi du débiteur de l'obligation de mise à disposition de ces signes distinctifs, le fournisseur, cette fois.

90 Prestation caractéristique d'un contrat ne comportant pas d'obligation d'exclusivité. Nombreux sont les contrats de distribution qui ne comportent aucunement d'obligation d'exclusivité. C'est le cas du contrat d'agrément ou du contrat de distribution sélective, encore que ce dernier se distingue entre les contrats assurant une distribution sélective quantitative, dans lesquels le nombre de distributeurs est limité, ou les contrats assurant une distribution sélective qualitative, dans lesquels le nombre de distributeurs n'est pas fixé et dépend simplement de la satisfaction de certains critères de sélection déterminés par le fournisseur et désignés par le contrat.

Dans cette situation, la prestation caractéristique devient difficile à désigner, à moins de considérer que le distributeur assume en toute hypothèse une obligation de se fournir auprès du fournisseur (263), ce qui permettrait de désigner la loi

262 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n^{os} 685 et s.

263 Cf. J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution*, thèse Montpellier I, 2000.

d'établissement du distributeur.

Mais le fournisseur assume toute une série d'obligations : de police du réseau, de mise à disposition de signes distinctifs, de vendre, etc., qui contrarient cette première analyse.

91 Prestation caractéristique d'un contrat emportant transfert de savoir-faire. Cette hypothèse vise essentiellement le contrat de franchise qui se caractérise comme un contrat assurant un transfert de savoir-faire commercial élaboré par le franchiseur permettant au franchisé de reproduire l'expérience du franchiseur. La jurisprudence française a admis que le savoir-faire était la cause du contrat de franchise (264) de sorte que l'on pourrait admettre que l'obligation de transmettre le savoir-faire constitue la prestation caractéristique du contrat de franchise, désignant alors la loi du franchiseur.

Ici encore cependant, cette conception est insuffisante. Bien des contrats de franchise de distribution comportent en effet une obligation d'approvisionnement exclusif à la charge du franchisé. De même les contrats de franchise hôtelière reposent sur l'aménagement d'un immeuble dont le poids permettrait de considérer que la loi est celle du franchisé.

92 Éléments de solution. La multiplicité des types de contrats de distribution invite donc à une grande prudence dans la détermination de la loi applicable. Il reste qu'une analyse contrat par contrat permet dans bien des cas de repérer la loi applicable au contrat. Dans les autres hypothèses, cependant, cette analyse est un échec ou présente des insuffisances. Deux méthodes peuvent alors être retenues.

La première pourrait consister à dépecer le contrat pour identifier des parties plus ou moins autonomes du contrat. Cette méthode doit cependant être utilisée avec ménagement. Si une clause de non-concurrence postcontractuelle peut ainsi être traitée à part, il n'est pas certain qu'une clause assurant la mise à disposition de marque ou le prêt de matériel puisse réellement être séparée du reste du contrat en raison de l'unité économique

264 Cf. Cass. com., 9 oct. 1990 : *RJDA* 1991, n° 19.

de ces opérations (265). Il en est de même d'une clause d'approvisionnement exclusif dans un contrat de franchise. Il ne faudrait pas que la méthode du dépeçage aboutisse à vider le contrat de son sens.

La seconde méthode repose sur l'approche « globale » déjà observée, qui retrouve tout son intérêt. Il apparaît efficace alors de retenir la loi du fournisseur comme loi assurant l'unification du réseau. C'est d'ailleurs la solution qu'avait retenue la Cour de cassation à propos d'un contrat de concession conclu par un fournisseur français (266) et répétée depuis dans une affaire où était en jeu l'application d'une loi impérative applicable sur le territoire du distributeur (267). La Cour de cassation retenait cependant par principe que « *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; qu'est présumé présenter de tels liens, celui où le débiteur qui doit la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ; que pour un contrat de distribution, la fourniture du produit est la prestation caractéristique* », et donc la loi du fournisseur. En revanche, la Cour a ensuite choisi de considérer l'obligation d'exclusivité comme support de la loi applicable, sur le critère de la prestation caractéristique et des liens les plus étroits, et donc la loi du fournisseur (268).

Réaffirmons cependant que ces questions, qui relèvent désormais de l'ordre de la critique des choix faits par les auteurs du règlement, sont désormais réglées sur la base d'un changement radical, sous réserve d'une hypothétique complexité par la Cour de justice, par l'article 4, § 1 du règlement Rome I : la loi applicable est, en l'absence de choix, celle du lieu de résidence du distributeur.

93 Solution posée par le Règlement Rome I. Face aux difficultés majeures de détermination de la prestation caractéristique d'un contrat, notamment lorsque celle-ci est

265 Cf. contra : M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. cit., n° 772.

266 Cass. com., 15 mai 2001 : JCP G 2001, II, 10634, note J. Raynard, D. 2002, p. 198, note C. Diloy, RLDA, 2002, n°46, n°2898.

267 Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, RLDC 2004, p. 7.

268 Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2007, n°05-12166, Bull. civ. I, n°30, Cass. Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2007, Bull. civ. I, n°304.

difficile à déterminer en raison, soit de l'imbrication des prestations, soit de la difficulté à repérer, face à des obligations mutuelles laquelle pouvait bien être la plus caractéristique, le règlement Rome I a totalement inversé la présentation des règles en l'absence de choix de la loi applicable (269), proposant des solutions techniques, puis, de manière subsidiaire, le jeu de la prestation caractéristique, comme précédemment et enfin, la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

Les solutions techniques de l'article 4.1 s'orientent autour de multiples contrats ; il suffit de décliner la petite litanie des contrats décrits : le *contrat de vente* de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle (et ceci sauf l'application d'une autre convention, ou cas de vente aux enchères auquel cas c'est le lieu des enchères cf. g), le *contrat de prestation de service* est régi par la loi du pays du prestataire de service, le *contrat ayant pour objet un immeuble* ou un droit réel immobilier est régi par la *lex rei sitae* (sauf le d), le *contrat de franchise* est régi par la loi du franchisé, le *contrat de distribution*, étrangement distingué de la franchise, est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle. On peut observer que la détermination de la loi applicable aux contrats de distribution et de franchise n'est en rien l'application d'une telle logique mais bien un choix, presque dogmatique visant à assurer la protection du distributeur ou du franchisé.

§ 2. – L'influence du droit de la concurrence et des lois de police

⁹⁴ **Lois de police.** Le règlement Rome I renvoie, par son article 9, à la notion de loi de police, figure classique du droit international privé. La notion est ici très imprécise (270). Pour certains, elle ne présenterait pas de véritable spécificité et serait

269 T. Azzi, La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I : D. 2008, Dossier 2169.

270 V. P. Courbe, Ordre public et Lois de police en droit des contrats internationaux, Mél. B. Mercadal, 2000, p. 99.

très voisine de la notion d'ordre public international (271).

En premier, les lois de police seraient nécessairement propres à un système juridique national alors que l'ordre public international pourrait être envisagé indépendamment de toute *lex fori*, par exemple pour les arbitres internationaux (272).

En second la méthode de mise en œuvre des lois de police serait très différente : si la référence à l'ordre public international permet d'écarter une règle désignée après l'application des règles de désignation proposées par le règlement Rome I, la technique des lois de police permettrait une méthode beaucoup plus musclée d'éviction, indépendamment de la méthode de conflit de lois (273). L'article 9-1 propose une telle définition des lois de police : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». C'est donc bien avant toute détermination de la loi application qu'une disposition, qualifiée de loi de police, a vocation à s'appliquer de manière impérative. Si par exemple un contrat fait application à la loi d'un pays A, alors que la loi d'un pays B fait entrer ce contrat ou un dispositif de ce contrat dans le champ d'application d'une loi qualifiée de loi de police dans ce pays B, elle écarte automatiquement la loi A, pourtant choisie par les parties. Bien entendu, cet écart dépend du juge choisi : le juge du pays B, maîtrisant tout particulièrement la loi B sera évidemment plus enclin à valider le caractère de loi de police invoqué que le juge du pays A, ou des arbitres, ce qui pose, alors, le problème de la preuve d'une loi de police dans un litige international. Par

271 Cf. V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux, op. cit., n^{os} 375 et s., P. Mayer, Les lois de police étrangères, JDI 1981, p. 277, C. Seraglini, Lois de police et justice arbitrale internationale, Dalloz, 2001.

272 Cf. H. Batiffol et P. Lagarde, op. cit., t. 1, n^o 365. Et comp. sentence CCI n^o 3267 : JDI 1980, p. 966.

273 Cf. par ex. V. Heuzé et P. Mayer, Droit international privé, Montchrestien, n^o 124.

ailleurs la définition ainsi proposée n'est pas unanime. Dans le règlement Rome II par exemple, il est fait appel à la notion plus floue de « dispositions impératives dérogatoires » (274).

Le mécanisme des lois de police implique la possibilité pour le juge d'appliquer les règles nationales, c'est-à-dire les lois de police du for, mais également les lois de polices étrangères (275), pourtant réduites à la portion congrue : désormais, l'article 9.3 ne permet de donner effet aux lois de police du pays étranger dans lequel les obligations du contrat doivent être exécutées que « dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ».

En troisième, les fondements seraient radicalement différents : l'identification d'une règle comme loi de police est une mesure interne à vocation internationale qui manifeste une forme d'autorité musclée de l'État sur la scène juridique internationale. La promotion de ces règles comme loi de police, soit par le jeu de la loi, soit par le jeu d'une affirmation jurisprudentielle (laquelle supposerait l'acceptation du débat judiciaire comme source de droit, le tout dans le contexte international), permettant d'identifier des lois de police « textuelles » et des lois

274 O. Boskovic, La protection de la partie faible dans le règlement Rome I, D. 2008, 2175, L. d'Avout, Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I : D. 2008, 2165.

275 V. P. Mayer, Les lois de police étrangères, JDI 1981, p. 277. La situation de ces dernières, qui devraient être traitées comme les lois de police du for, pose cependant des difficultés supplémentaires tenant notamment à l'invocation de celles-ci mais également à la question de savoir si le juge français pourrait y faire échec. On retient cette possibilité lorsque la loi de police étrangère envisage une situation qui entre en conflit avec une loi de police française : un conflit de lois de police serait fâcheux et insoluble : la loi de police interne est donc prioritaire. Il en serait également ainsi lorsque la loi de police étrangère heurte un principe interne fondamental, les principes de l'ordre public international permettraient son éviction. Il en serait encore ainsi lorsque l'application de la loi de police étrangère conduirait à une situation illégitime parce qu'aucun lien étroit ne les relierait : cf. B. Audit, Extraterritorialité et commerce international : l'affaire du gazoduc sibérien, Rev. crit. DIP 1983, p. 401. Le gouvernement américain avait étendu l'embargo décidé contre l'Union soviétique à toutes les exportations de technologie effectuées par des sociétés étrangères mais sous contrôle américain.

de police « virtuelles » ou jurisprudentielles, est alors le signe d'un volontarisme étatique en la matière, ou au contraire de son reniement, et, donc, d'une politique juridique particulière. La tendance en la matière est assez difficile à préciser. La définition de la notion de loi de police est d'abord particulièrement floue : il s'agirait de lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays » (276), formule de la doctrine française reprise dans le règlement Rome I (« disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique », et que l'on retrouve sous la plume du juge communautaire (277). Parfois une disposition législative précise que telle loi interne est une loi de police au sens international.

C'est le cas par exemple des règles du droit de la concurrence, du moins des règles du droit « antitrust », c'est-à-dire les règles en matière de prohibition des ententes ou des abus de position dominante, de la loi « Henkaerts » belge du 27 juillet 1961 qui impose des règles particulières à la résiliation d'un contrat de concession commerciale ou de l'article L. 181-1 du Code des assurances qui dispose que « les contrats destinés à satisfaire une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régis par le droit français » (278), ou encore de l'article L. 132-1 du Code de la

276 P. Francescakis : Travaux comité fr. DIP 1966-1969, p. 144 ; Rép. dr. int. Dalloz, V° Conflits de lois, principes généraux, 1^{re} éd. 1968 ; Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois : Rev. crit. DIP 1966, 1.

277 Cf. CJCE, 23 nov. 1999, Arblade : Rev. crit. DIP 2000, p. 710, note M. Fallon.

278 V. encore L. 21 déc. 1975 sur l'emploi de la langue française qui impose la rédaction en français d'un contrat de travail exécuté en France (C. trav., art. L. 121-1, al. 2), considérée comme une loi de police par la Cour de cassation (Cass. soc., 19 mars 1986 : Rev. crit. DIP 1987, p. 554, note Y. Lequette ; D. 1987, p. 359, note G. Légier). V. aussi la récente question de savoir si la loi du 31 décembre 1989, dite loi « Doubin » (C. com., art. L. 330-3), imposant une obligation précontractuelle d'information, était ou non une loi de police (Paris, 27 nov. 2001 : JCP E 2002 ; n° spéc. CDE 2002/3, p. 29, obs. J. Raynard ; Dr. et patrimoine juin 2001, p. 111, obs. D. Mainguy) ou bien celle de savoir si les règles d'indemnisation des agents commerciaux (C. com., art. L. 134-12) : CJCE, 9 nov. 2000, Cass. com.,

consommation en matière de clauses abusives (C. consom., art. L. 135-1) (279). Peu de choses, finalement, ce qui tendrait à manifester une volonté *libérale* de l'État face à un outil dont elle ne peut ignorer l'existence.

À l'inverse, la demande, en justice, qu'une règle présente un caractère de loi de police est, depuis quelques années, en augmentation dans les contrats, avec un succès mitigé. C'est le cas par exemple du rejet de ce caractère pour l'article L. 132-8 du Code de commerce relatif à l'« action directe » du transporteur contre l'expéditeur ou le destinataire (280), mais de son admission pour la sous-traitance immobilière (281) alors que les observateurs remarquaient, que, par contagion, la préoccupation

28 nov. 2000 : JCP E 2001 ; CDE 2001/2, p. 12, note J. Raynard ; Dr.&Patr. sept. 2001, p. 109, obs. D. Mainguy.

279 Pour une considération plus large du droit de la consommation comme loi de police, cf. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 6^e éd. 2003, n^o 46.

280 Cass. com. 13 juill. 2010, n^o 10-12154 : D. 2010, p. 1863, note X. Delpech : « Attendu que l'article L. 132-8 du Code de commerce conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garants du paiement du prix du transport n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ». – Adde Cass. com., 16 mars 2010, n^o 08-21511 : D. 2010, p. 824 ; JCP 2010, 530, note D. Bureau et L. d'Avout ; D. 2010, p. 2323, obs. S. Bollée ; RTD com. 2010, p. 457, obs. Ph. Delebecque. En l'espèce, un transporteur français invoquait la nullité d'un contrat de transport de viande vers le Ghana en raison de la violation d'un embargo contre le Ghana, pour éviter la mise en œuvre de sa responsabilité. Les juges du fond avaient considéré le contrat valable au regard de la loi française : cassation, il appartenait à la cour d'appel de déterminer par application de la convention de Rome l'effet de la loi du Ghana, suggérant ainsi que la loi de police étrangère pouvait être appliquée pour exénerer le transporteur.

281 Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007 : Bull. civ. 2007, ch. mixte, n^o 12 ; D. 2008, p. 5, obs. X. Delpech, p. 753, note W. Boyault et S. Lemaire, pan. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, pan. 2560, spéc. 2565, obs. S. Bollée ; RTD com. 2008, 456, obs. P. Delebecque ; JCP 2008, II, 10000, note L. d'Avout ; JCP E 2008, 1201, note P. Berlioz ; RDC 2008, 508, note P. Deumier ; JDI 2008, 1079, note L. Perreau-Saussine.

légitime visant à faire obstacle à la désignation d'une loi étrangère pour éviter les dispositions d'ordre public interne, pouvait être réitérée en de nombreuses situations. Deux courants contradictoires semblent donc se manifester en jurisprudence : un courant clairement libéral, visant à limiter le jeu des lois de police au profit donc d'un « moins disant réglementaire », soit par une description limitative de celles-ci, soit par le rejet pur et simple du caractère de loi de police par le juge et, au contraire, un courant, qui peut paraître plus fidèle à la tradition juridique française, visant à élargir le champ des lois de police, par une forme d'identification entre les règles nationales reconnues comme étant d'ordre public et les lois de police et, donc, la volonté d'imposer les raisons visant à donner à des lois un caractère d'ordre public national, une portée internationale (282). Sans surprise, le règlement Rome I propose une définition qui invite à la conception libérale. Il en résulte donc que l'intervention du juge français, dans l'identification des lois de police « virtuelles » est désormais sous le contrôle de la CJCE qui, au final, dispose de la mission d'unifier l'application des règles du règlement Rome I : quand bien même le juge français choisirait une solution moins libérale, pour ne pas dire plus étatiste, que cette solution serait susceptible d'être contrainte par l'interprétation de la CJCE, dont la tendance libérale n'est guère douteuse.

S'agissant de l'**application des lois de police par l'arbitre**, la question est plus complexe dans la mesure où l'arbitre n'ayant pas de for, toutes les lois de polices sont pour lui des lois de police étrangères (283). Or, l'article 7, paragraphe 1, de la convention de Rome dispose que les lois de police étrangères peuvent trouver application lorsqu'elles présentent un lien étroit avec le contrat, quelle que soit la loi le régissant. Pourtant la doctrine reste partagée sur la capacité de l'arbitre à les appliquer ou, ce qui est déjà plus subtil, sur la possibilité pour le juge

282 Adde S. Poillot-Peruzzetto, *Ordre public et lois de police dans les textes de référence*, in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, p. 93 et s.

283 Cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Litec, n^{os} 1516 et s.

étatique de critiquer une sentence arbitrale pour sa contrariété supposée avec une loi de police, possibilité largement entamée par la Cour de cassation (284) et qui se poursuit avec le contentieux sur la portée des clauses attributives de juridiction qui se manifeste notamment dans le contentieux de la rupture des contrats de distribution où derrière l'enjeu de savoir si la responsabilité liée à l'application d'un texte technique de droit de la concurrence, l'article L. 442-6 du Code de commerce, se dessine l'efficacité, retenue par le juge civil (285), mais rejetée par le juge commercial (286) impliquant une divergence majeure de jurisprudence particulièrement délicate à gérer pour les praticiens (287). Enfin, et dans un registre un peu différent, la jurisprudence française limite à une vérification minimale le contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public

284 Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2008 : Bull. civ. 2008, I, n° 162 ; D. 2008, p. 1684, obs. X. Delpech, pan. 2560, spéc. 2566, obs. S. Bollée, pan. 3111, obs. T. Clay ; RTD com. 2008, 518, obs. E. Loquin ; JCP 2008, 430, obs. J. Ortscheidt.

285 Cass. com., 6 févr. 2007, Bull. civ. 207, IV, n° 21 ; D. 2007, 653, obs. E. Chevrier, et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007, II, 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007, 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E 2008, 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007, 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008, 210, obs. P. Delebecque, Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 2008, n° 07-12.336 : JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy, Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971 : RDC 2009, 1016, obs. D. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais ; D. 2009, 295, obs. E. Chevrier, et 2892, obs. D. Ferrier.

286 Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n° 06-10946, D. 2007, 951, obs. E. Chevrier ; JCP E 2008, 1638, obs. D. Mainguy ; RTD com. 2008, 210, obs. P. Delebecque, Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n° 07-15823, Bull. civ. 2008, I, n° 233 ; D. 2008, p. 2790, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke, pan. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; JCP 2008, II, 10187, note L. d'Avout ; JCP E 2008, 2535, note N. Mathey ; JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy ; CCC 2008, comm. 270, note M. Malaurie-Vignal ; Rev. crit. DIP 2009, 69, chron. D. Bureau et H. Muir Watt ; RDC 2009, 691, note E. Treppoz, Cass. com., 8 juill. 2010, n° 09-67013, D. 2010, 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, 2544, obs. C. Dorandeu, et 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010, 743, note D. Bureau et H. Muir Watt. Adde A. Huet, in D. 2009, chron. 684.

287 D. Mainguy, Responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre, *Omnidroit* 11 mai 2011, p. 2.

(288).

95 Influence du droit antitrust. Le droit antitrust, c'est-à-dire le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations²⁸⁹, peut être considéré comme une loi de police, tant s'agissant du droit interne que du droit communautaire (290) dans la mesure où l'objectif de ces règles, assurer la régulation du marché, relève de l'ordre public de direction et mieux de l'ordre des règles qui structurent le marché, le commerce, et à ce titre, méritent cette qualification.

Une première difficulté consiste à bien délimiter les règles qui relèvent de ce droit antitrust de police et celles qui en sont exclues. Ainsi, les règles relatives à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, ententes et abus de domination (TFUE, art. 101 et 102 ; C. com., art. L. 420-1 et L. 420-2), peut-être celles relatives aux concentrations ou aux aides d'États et la cohorte de règles qui les accompagnent comme les règlements d'exemption par catégorie en font partie. En revanche, cette assimilation est plus douteuse s'agissant des règles relatives à ce que l'on appelle les pratiques restrictives de concurrence ou les règles en matière de concurrence déloyale.

Une seconde difficulté tient au fait qu'une pratique anticoncurrentielle présente souvent des effets sur plusieurs

288 Cass. civ.1ère, 4 juin 2008 : D. 2008, p. 1684, obs. X. Delpéch, pan. 2560, spéc. 2566, obs. S. Bollée, pan. 3111, obs. T. Clay ; RTD com. 2008, 518, obs. E. Loquin ; JCP 2008, act. 430, obs. J. Ortscheidt ; ibid. I, 164, n° 8, obs. C. Seraglini ; Rev. arb. 2008, 473, note I. Fadlallah.

289 Dont on ne peut naturellement ici développer les règles : cf. not. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, 2003, A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, 2010, M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence*, Masson, 2009.

290 Paris, 14 oct. 1993 : Rev. arb. 1993, p. 645, note C. Jarrosson ; JDI 1993, p. 957, note L. Idot ; RTD com. 1993, p. 494, obs. E. Loquin. – L. Idot, *Les conflits de lois en droit de la concurrence* : JDI 1995, p. 321, et *Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution* : DPCI 1993, p. 214 ; *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris II, 1981.

États. Une première solution provient du droit de la concurrence, à travers la « théorie de l'effet ». Celle-ci consacre une méthode de résolution des litiges de droit de la concurrence ayant une dimension internationale. La souveraineté des États interdit en principe aux juridictions d'un État de poursuivre une entente anticoncurrentielle émanant d'une entreprise ressortissant d'un autre État, quand bien même elle produirait des effets anticoncurrentiels sur le territoire du premier. De même, les règles de procédure encadrant les poursuites des pratiques anticoncurrentielles sont propres à un État (291). La théorie de l'effet permet alors de saisir une pratique anticoncurrentielle dès lors qu'elle développe des effets sur le territoire d'un État et entre en contrariété avec les règles du droit de la concurrence de cet État, quel que soit son auteur, emportant donc une application extensive des règles de procédure (cf. C. com., art. L. 420-1). Une autre solution peut être empruntée à la méthode des conflits de lois, ici conflits de lois de police, pour appliquer la loi sur le territoire duquel les effets anticoncurrentiels se développent (292). La méthode consiste à isoler les vrais conflits de lois de police (293). Serait un faux conflit celui dans lequel les lois concurrentes aboutissent à la même solution : condamnation ou exemption. En revanche, serait un vrai conflit celui aboutissant à des solutions différentes, à résoudre comme tout conflit de lois. Ainsi un juge européen devrait appliquer le droit communautaire, loi de police du for, ou sa loi nationale, et ne serait pas tenu d'appliquer les autres lois de polices, étrangères pour lui.

Face à l'arbitre, la question n'est guère modifiée : toute loi de police est pour lui étrangère (294). Lorsque la règle de concurrence est partie de la loi du contrat, elle s'applique bien

291 V. cependant en droit américain : P. Selvin, L'application internationale des lois antitrust américaines, D. affaires 1997, p. 1314.

292 Cf. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. cit., n° 781.

293 L. Idot, Les conflits de lois en droit de la concurrence, art. cit.

294 Cf. B. Goldman, L'arbitrage international et le droit de la concurrence, Bull. ASA 1989, p. 260. X. de Mello, Arbitrage et droit communautaire, Rev. arb. 1982, p. 362, Van Hecke, Arbitrage et règles de concurrence, Rev. arb. 1978, p. 191.

entendu, et c'est le cas du droit communautaire de la concurrence, qui est du droit interne de la concurrence de source communautaire. Les difficultés commencent lorsque la règle est étrangère et n'est pas intégrée à la loi du contrat : l'arbitre peut-il s'affranchir de la mission que les parties lui ont confiée et qui consiste à trancher un litige conformément à la loi qu'elles se sont choisie ? On peut l'admettre parce que, à défaut, l'ignorance d'une telle loi de police aboutirait à une violation de l'ordre public transnational puisqu'il suffirait d'une clause d'*electiojuris* pour échapper aux règles impératives du droit du marché (295).

96 Lois de police et lois d'ordre public interne, loi « Doubin » et rupture du contrat. Autre encore est la question de l'application de règles appartenant à l'ordre public interne, tels le statut des agents commerciaux (C. com., art. L. 134-1) (296) ou l'application de la loi dite *Doubin* (C. com., art. L. 330-3) par exemple. Cette dernière disposition a donné lieu à quelques décisions et réflexions. Rappelons que ce texte impose au fournisseur de livrer des informations avant la conclusion de certains contrats de distribution exclusive, moyennant sanctions civiles et pénales²⁹⁷. Ces sanctions civiles sont considérées comme un vice du consentement : c'est donc la loi du contrat qui en ce cas s'applique, solution critiquable eu égard au fait qu'il s'agit d'une faute précontractuelle mais répondant à la règle posée par l'article 8 de la convention de Rome. Si les parties à un contrat de distribution choisissent une loi étrangère, celle-ci s'applique à l'appréciation des conditions de sa formation, excluant donc l'application de la loi Doubin, à moins que le juge français saisi la reconnaisse comme une loi de police.

Le détour par la notion de « protection de la partie faible » peut

295 Cf. J.-F. Moitry, Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria*, Rev. arb. 1989, p. 3, qui prône l'institution d'un droit de la concurrence transnational par les arbitres.

296 Cf. J. Raynard, note sous Cass. com., 28 nov. 2000 et CJCE, 9 nov. 2000, CDE 2001/2, p. 12.

297 Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, n^{os} 564 et s., D. Mainguy et J.-L. Respaud, Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin (C. com., art. L. 330-3), CCC 2003/3, p. 3.

alors s'imposer pour tenter de résoudre cette difficulté (298), exactement comme en matière de droit de la consommation, pour autant que l'on ait démontré que les contrats de distribution soient véritablement des contrats de dépendance (299). Il faudrait surtout démontrer que la loi Doubin est véritablement une loi de police en sorte qu'elle intéresse l'organisation politique sociale ou économique du pays, ce dont on peut douter, avec la cour d'appel de Paris (300).

Or, cette considération comme loi de police vient d'être admise par la Cour d'appel de Paris dans une décision du 25 octobre 2011 (301), impliquant l'application de la loi *Doubin* quand bien même un contrat, en l'espèce de franchise aurait été conclu en désignant une loi étrangère comme loi du contrat, ici la loi québécoise. Cette question emporte d'intéressantes observations que la Cour de cassation sera sans doute appelée à trancher. Ainsi on peut s'étonner que le caractère de loi de Police ait à voir avec la loi du contrat dans la mesure où la loi *Doubin* intéresse la formation du contrat et pose une obligation *précontractuelle* d'information. En l'espèce la cour a retenu plusieurs arguments pour rendre sa décision, le fait que le texte est assorti d'une sanction pénale, question qui a déjà fait les beaux jours des controverses jurisprudentielles avant l'arrêt ED de 1998, que la loi belge de 2005 confère explicitement ce caractère à ses dispositions et enfin que le contrat litigieux visait le délai de vingt jours de l'article L. 330-3 du Code de commerce. On peut ne pas

298 Cf. P. Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belge, ss dir. J. Ghestin et M. Fontaine, t. 261, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1996, p. 513, C. Kessedjan, Les contrats internationaux, in Pratiques des contrats internationaux, GLN-Joly, livre XVI, n° 44.

299 En ce sens, G. Virassamy, Les contrats de dépendance, LGDJ, 1986.

300 Paris, 30 nov. 2001, JCP, éd. E, 2002, CDE 2002/5, p. 30, obs. J. Raynard, Dr. et patrimoine, juin 2002, p. 111, obs. D. Mainguy. En l'espèce, les parties avaient soumis un contrat conclu entre un fournisseur espagnol et un distributeur français à la loi espagnole alors que le distributeur français reprochait ensuite la violation de la loi Doubin, qu'il cherchait à voir, mais en vain, considérée comme une loi de police.

301 Paris, 25 oct. 2011, RDC 2012, p. 563, note J.-B. Racine

être totalement convaincu (302), par exemple sur le caractère explicite de la loi belge comparé à la virtualité de celui-ci dans la norme française, mais la solution dépendra du degré d'intervention que choisira la Cour de cassation : les lois de police sont l'expression d'un interventionnisme national dans le contrôle des contrats internationaux.

De même, et avec un rapport très net avec la question de la compétence juridictionnelle, un débat est entretenu depuis quelques années sur la nature, au regard des lois de police, de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, texte discret issu d'une loi de 1996 et qui n'en finit plus de s'élargir : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...), le fait, (...), 5°) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (...) ». Texte simple dont l'objectif de départ était de protéger certains producteurs contre les déréférencements brutaux, éventuellement partiels, qu'ils pouvaient subir de groupes de distribution, et texte exceptionnel en ce qu'il permet au ministre d'agir à la place des parties, pour demander des dommages et intérêts mais également une amende civile qui peut aller jusqu'à 2 millions d'euros.

Or, ce texte pose une difficulté majeure dans les contrats internationaux de distribution. En effet un arrêt du 6 février 2007 qui avait affirmé que ce texte justifie une responsabilité délictuelle et ce faisant écarte les clauses attributives de juridiction (303), solution pourtant contrariée par les décisions de

302 Paris, 30 nov. 2001, préc.

303 Cass. com., 6 févr. 2007 : Bull. civ. 2007, IV, n° 21 ; D. 2007, p. 653, obs. E. Chevrier ; JCP G 2007, II, 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007, p. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E 2008, 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007, p. 343, obs. J. Mestre et B. Fages. Comp. Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12336 : JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy : « le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage

la première chambre civile lorsque des enjeux internationaux sont clairement identifiés, qui retient la responsabilité contractuelle du fait de l'application de ce texte (304) et ajoute la Cour, « peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables », dispositions qui devraient en toute hypothèse être considérées comme telles par le juge désigné.

97 Lois de police et lois d'ordre public interne, agents commerciaux. La problématique est ici voisine, même si elle concerne plus particulièrement les agents commerciaux, les contrats de représentation plus loin traités. Le contrat d'agence commerciale, sorte de mandat d'intérêt commun spécial, bénéficie d'un régime protecteur harmonisé en Europe depuis une directive de 1986 transposée en France en 1991 (C. com., art. L. 134-1 et s.). La reconnaissance du caractère de loi de police de ces règles a pu s'autoriser de l'analogie avec le régime des VRP, au statut protecteur assuré par les dispositions du Code du travail et qualifié de loi de police par la jurisprudence (305). Cette analogie³⁰⁶ peut cependant être combattue en raison des différences existant entre les deux contrats : contrat de travail pour le VRP et contrat de mandat pour l'agent commercial, même si la distinction est finalement assez formelle dans la mesure où le VRP peut aussi être considéré comme un mandataire dont la protection aurait été assurée par le droit du

la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit » ; Cass. com. 13 juill. 2009, n° 08-13971 : RDC 2009, p. 1016, obs. D. Mazeaud, p. 1147, obs. M. Béhar-Touchais.

304 Cass. civ.1ère., 6 mars 2007, n° 06-10946 : D. 2007, p. 951, obs. E. Chevrier ; JCP E 2008, 1638, obs. D. Mainguy, Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15823, CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009, p. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy, Cass. civ.1ère 8 juill. 2010, n° 09-67013 (à propos d'une clause compromissoire).

305 Cf. Cass. soc., 9 déc. 1960 : JCP 1961, II, 12029, note M. Simon-Depitre.

306 Cf. A. Lyon-Caen, note in JDI 1977, p. 651.

travail (307). C'est surtout l'autorité reconnue à la loi du 26 janvier 1991 qui importe : l'article L. 134-16 du Code de commerce fait du statut de l'agent commercial un statut d'ordre public de sorte que la question de savoir si ce texte mérite d'être considéré comme une loi de police se pose désormais avec plus d'acuité (308). En même temps, le débat diminue d'intensité dans la mesure où la loi de 1991 a assuré la transposition d'une directive de 1986 de sorte que, au sein de l'Union européenne, les règles portant statut de l'agent commercial sont toutes d'ordre public. Si la loi applicable au contrat d'agence commerciale est donc la loi de l'un des pays de l'Union, la protection y sera aussi efficace que s'il s'était agi de la loi française, sans avoir à ériger la loi de 1991 en loi de police. C'est donc essentiellement dans l'ordre juridique extracommunautaire que la question se pose. C'est d'ailleurs dans cet esprit que le problème s'est présenté devant la Cour de cassation et la Cour de justice des Communautés européennes. Il s'agissait en l'espèce de contrats d'agence commerciale conclus entre un mandant établi dans un État américain et des agents établis dans un État de l'Union européenne, la Grande-Bretagne dans un cas et la France dans l'autre, désignant la loi de l'État de New York et la loi de l'État de Californie. Dans les deux espèces, le contrat conclu avec les agents fut résilié, sans indemnité. Ceux-ci cherchèrent alors à faire valoir leur droit à indemnité sur le fondement des règles protectrices de l'agent, qu'ils entendaient voir considérer comme des lois de police, applicables malgré la désignation de lois non européennes. La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 2000 (309), ne reconnut pas la loi de 1991 comme

307 Cf. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n° 786.

308 Cf. C. Ferry, *Contrat international d'agent commercial et loi de police*, JDI 1993, p. 299, P. Crahay, *Les contrats internationaux et de concession de vente*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1991, C. Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international privé*, LGDJ, 2000.

309 Cass. com., 26 nov. 2000 : RJDA 2001, n° 149 ; JCP E, CDE 2001/2, p. 12, note J. Raynard : « *La loi du 25 juin 1991 (codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce), loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les contrats en cours à la date du 1^{er} janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international* ».

une loi de police, à la différence de l’arrêt de la CJCE du 9 novembre 2000 qui la retint comme telle (310). La différence des solutions n’est pas sans plonger les opérateurs dans une singulière insécurité juridique qui devrait logiquement se solder par la soumission de la juridiction française (311).

§ 3. – Le droit matériel des contrats internationaux de distribution

98 Présentation. Le droit matériel international est constitué de règles internationales unifiées, sur la base de conventions internationales, comme la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises.

Il n’en existe pas pour les contrats internationaux et ce « droit matériel » est simplement constitué des règles que la pratique met en œuvre en matière interne, illustrant des formules contractuelles qui tentent de répondre aux aspirations économiques des contractants, ou bien pour permettre l’écoulement de produits finis auprès de distributeurs, ou bien pour permettre l’approvisionnement ou la fourniture de matières premières ou de produits semi-finis, entre industriels, ou bien encore pour la rationalisation de la fourniture de services.

99 Développement international. Master franchise. Le développement international d’un réseau passe très souvent par une formule de franchise à l’étranger dans laquelle le taux d’indépendance des franchisés peut être variable : une filiale ou une succursale du franchiseur ou un opérateur local indépendant. Précisément, dans la mesure où le contrat de franchise nécessite

310 CJCE, 28 nov. 2000, *Ingmar*, Europe 2001, p. 18 obs. L. Idot ; JCP E, CDE 2001/2, p. 12, note J. Raynard : les dispositions de la directive de 1986 « qui garantissent certains droits à l’agent commercial après la cessation du contrat d’agence doivent trouver application dès lors que l’agent commercial a exercé son activité dans un État membre, même lorsque le mandat est établi dans un pays tiers à la Communauté européenne et qu’en vertu d’une clause du contrat ce dernier est régi par la loi de ce pays ».

311 V. J. Raynard, note préc. sur les critères d’application du statut impératif comme loi de police.

un contrôle serré du respect des normes de franchise, on imagine qu'il peut paraître difficile pour un franchiseur de maîtriser une extension trop importante et surtout internationale. La pratique a alors inventé un contrat « relais », le contrat de master franchise dit aussi de franchise principale (312). Il s'agit alors de conclure un contrat avec une entreprise qui sera elle-même chargée de développer un réseau de contrat de franchise dans un territoire déterminé. Le contrat de master franchise est ainsi un contrat conclu entre un franchiseur et un sous-franchiseur, ou « master franchisé » qui conclura lui-même des contrats de franchise avec des « sous-franchisés » de son ressort territorial et sera responsable de celui-ci devant le franchiseur.

Le contrat de master franchise peut revêtir des formes diverses. Il peut s'agir d'un contrat de représentation, de mandat ou de commission, dans lequel le master franchisé est le représentant du franchiseur principal et est rémunéré par celui-ci pour conclure des contrats de franchise qui, au final, lieront le franchiseur principal et le sous-franchisé. Il pourrait s'agir d'un contrat de concession exclusif conclu pour un certain territoire. Il pourrait enfin s'agir d'un contrat d'entreprise, un contrat de sous-traitance, conclu avec le franchisé principal dans lequel le franchiseur est rémunéré par le franchisé principal pour reproduire la franchise, de façon indépendante.

Le contrat de master franchise est un contrat international lorsqu'il est effectivement conclu entre le franchiseur et un sous-franchiseur étranger. Les contrats de franchise conclus entre le master franchisé et les sous-franchisés sont généralement des contrats internes dépendant de la loi du pays d'installation (313). On retrouve alors les principales difficultés posées par la conclusion d'un contrat de franchise, mais en plus complexes. Le

312 H. Kenfack, *La franchise internationale*, LGDJ, 2002. – D. Ferrier, *La franchise internationale* : JDI 1988, 625 ; *Droit de la distribution*, op. cit., n^{os} 652 et s.

313 Dans d'autres hypothèses, et surtout pour des raisons fiscales, les contrats de sous-franchise seront internationaux dans la mesure où un franchiseur choisit un master franchisé dans un pays donné uniquement en fonction des conventions fiscales conclues par ce pays ou en raison de l'intensité de ses règles de concurrence par exemple : J.-M. Mousseron, J. Raynard et alii, op. cit., n^o 903.

savoir-faire, notamment, doit être adapté au marché local et son exécution justifie des obligations supplémentaires s'agissant de l'exclusivité consentie ou du contrôle du franchisé principal.

